UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

FACULTÉ DE DROIT

# DE LA

# Clause prohibitive d'aliéner

## en dehors des cas prévus par la Loi

THÈSE POUR LE DOCTORAT

ÈS-SCIENCES JURIDIQUES

PAR

**J.-J.-Pierre COSTE**

AVOCAT

MONTPELLIER

IMPRIMERIE DE LA MANUFACTURE DE LA CHARITÉ

1902

# THÈSE

## POUR LE DOCTORAT

ÈS-SCIENCES JURIDIQUES

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER
FACULTÉ DE DROIT

DE LA

# Clause prohibitive d'aliéner

## en dehors des cas prévus par la Loi

THÈSE POUR LE DOCTORAT
ÈS-SCIENCES JURIDIQUES

PAR
**J.-J.-Pierre COSTE**
AVOCAT

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

MONTPELLIER
IMPRIMERIE DE LA MANUFACTURE DE LA CHARITÉ
—
1902

# UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

## Faculté de Droit

MM. VIGIÉ, doyen, professeur de Droit civil, chargé du cours d'Enregistrement.
BRÉMOND, assesseur, professeur de Droit administratif.
GIDE, professeur d'Economie politique, en congé.
GLAIZE, professeur de Procédure civile, chargé des cours des Voies d'exécution et de Législation financière.
LABORDE, professeur de Droit criminel, chargé du cours de Législation et Economie industrielle.
CHARMONT, professeur de Droit civil.
CHAUSSE, professeur de Droit romain.
MEYNIAL, professeur d'Histoire du Droit.
BARDE, professeur de Droit constitutionnel.
VALÉRY, professeur de Droit commercial, chargé du cours de Droit international privé.
DECLAREUIL, professeur de Droit romain, chargé des cours de Pandectes et d'Histoire du Droit public français.
PERREAU, agrégé, chargé d'un cours de Droit civil.
MOYE, agrégé, chargé des cours de Droit international.
RIST, agrégé, chargé d'un cours d'Economie politique et du cours d'Histoire des doctrines économiques.
MARGAT, agrégé, chargé d'un cours de Droit civil.
PORTE, agrégé, chargé d'un cours d'Economie politique.
GRANGÉ, secrétaire.
LAURENS, professeur honoraire.
GIRAUD, secrétaire honoraire.

Membres du Jury :

MM. CHARMONT, *président.*
BARDE, MARGAT } *examinateurs.*

La Faculté n'entend donner aucune approbation, ni improbation, aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A MES PARENTS

PIERRE COSTE

DE LA

# CLAUSE PROHIBITIVE D'ALIÉNER

EN DEHORS DES CAS PRÉVUS PAR LA LOI

---

## INTRODUCTION

Quand, par une pénible acquisition de la propriété, un homme s'est donné l'illusion de prolonger sa personnalité dans les choses qu'il s'est approprié, il est porté à considérer toute diminution de son patrimoine comme une mutilation de sa propre personne. Il est dur de renoncer à la propriété, surtout lorsqu'on ne doit retirer de son aliénation aucun avantage pécuniaire équivalent. Un donateur se réserverait volontiers le droit de reprendre plus tard ce qu'il donne aujourd'hui ; le législateur le sait si bien, qu'il ne valide les actes de libéralité qu'après s'être assuré qu'ils sont définitifs. *Donner et retenir ne vaut*, est un principe dicté par une psychologie banale.

On désire conserver au-delà de la mort même son empire sur les choses que l'on possède ; et, dans toutes les civilisations se retrouvent toujours renouvelées, quoique souvent combattues, d'ingénieuses tentatives pour régler jusque dans un avenir lointain le mode de transmission, d'usage ou d'administration des biens qu'on laissera à son décès.

Parfois, en disposant à cause de mort de sa propriété ou en la cédant entre vifs principalement à titre gratuit, le propriétaire

qui se dépouille, insère dans l'acte une clause interdisant à son acquéreur d'aliéner le bien qu'il lui transmet.

Cette prohibition est tantôt perpétuelle, tantôt temporaire. C'est de cette clause portant interdiction d'aliéner dont nous entreprenons l'étude. Cette clause est-elle valable ou doit-on la réputer nulle ? Quels en sont les effets ? De quelle nature est le droit qui en résulte et au profit de qui ce droit nait-il ? Quelle en est la sanction? Telles sont les questions que l'interprète doit se poser et qu'il doit résoudre à l'aide des principes généraux du droit, car notre droit français n'a en aucun texte exprès prévu la clause portant prohibition d'aliéner.

Il ne paraît pas rationnel en principe que le pouvoir de l'homme sur les choses survive à son existence et, si le droit de propriété n'est que le complément accessoire de la personnalité, il ne semble pas logique que la propriété produise ses effets alors que la personnalité a disparu.

Mais, en cette matière ce n'est pas une solution unique que nous rencontrons aux diverses époques et dans les différents pays. C'est aux principes généraux admis dans le droit de leur époque que les jurisconsultes ont recouru pour décider de la validité ou de la nullité de la clause et de la plus ou moins grande faveur qu'elle méritait. Les opinions ont varié suivant les préoccupations dominantes de l'état social.

Croit-on que l'intérêt général exige une certaine fixité dans les fortunes, la stabilité dans les familles ou le maintien de la propriété entre les mains d'une classe, on favorise largement la prohibition d'aliéner, car elle garantit les générations futures contre la prodigalité ou l'humeur changeante des successeurs immédiats.

Est-on préoccupé surtout d'assurer la plus facile circulation des biens ? Souhaite-t-on que d'incessants apports de richesses échoient aux personnes les plus aptes à en accroître les revenus dans l'intérêt de tous ? On tend à refuser tout effet à la clause

qui prohibe l'aliénation des acquéreurs et des légataires. Elle risque, en effet, de pourvoir à des services industriels devenus inutiles ou de conserver artificiellement leur bien à des propriétaires négligents, inhabiles ou privés de capitaux; et, pour empêcher la ruine ou la déchéance d'un individu ou d'une famille, on s'expose à diminuer la production générale.

Dans notre ancien droit, le souci de maintenir les biens dans les familles, afin de perpétuer l'influence de celles qui faisaient partie de l'aristocratie devait nécessairement disposer les jurisconsultes à accueillir favorablement la prohibition d'aliéner. On ne craignait alors ni de voir se perpétuer une classe prépondérante par le maintien des fortunes, ni de voir prospérer des établissements religieux plusieurs fois séculaires, grâce à la perpétuité des fondations.

Aujourd'hui, les idées directrices des institutions juridiques ont changé : le désir de l'égalité civile a poussé les législateurs a favoriser le morcellement et la circulation rapide qui y conduit, la croyance dans les bienfaits de la concurrence sans limite a fait supprimer toutes les institutions destinées à sauvegarder le patrimoine des insouciants, des inhabiles ou des malheureux. La tendance doit forcément être contraire aux prohibitions d'aliéner.

Mais on peut déjà signaler une certaine réaction, non pas destinée à ramener aux applications anciennes de la prohibition d'aliéner, non pas destinée à assurer l'influence d'une classe riche par le maintien de son opulence, mais de nature à susciter un emploi nouveau de cette vieille formule juridique, en vue d'assurer un minimum de patrimoine à la famille pauvre, cellule de la démocratie moderne.

Cette mission de la clause prohibitive d'aliéner, renouvelée et transformée par la transformation même du milieu social, a été affirmée devant le Parlement italien dans l'exposé des motifs d'une proposition de loi faite en vue de l'établissement du *homes-*

*tead (masseria)* en Italie. L'auteur de la proposition, M. Pandolfi, prévoyant une objection probable y répondait en avouant son intention d'instituer le fidéicommis de la démocratie : « Voulez-vous refaire l'aristocratie, disait-il ? Le fidéicommis de la grande propriété et la consécration juridique du *latifundium* deviennent indispensables. Voulez-vous, au contraire, créer une vraie et forte démocratie ? Vous n'avez pas d'autre moyen que le fidéicommis de la petite propriété et la consécration juridique du petit domaine. (1) » Ainsi la prohibition d'aliéner servirait aujourd'hui comme autrefois, mais dans une autre mesure et au profit d'une autre classe, à assurer à la famille investie de l'influence politique la quantité plus ou moins grande de richesses nécessaire à l'exercice de sa part plus ou moins grande de souveraineté (2).

Quoi qu'il en soit, dans l'avenir, des utilités politiques et sociales nouvelles de la clause d'inaliénabilité, il faut reconnaître qu'elle n'a jamais été absolument proscrite. A toute époque, quelque défavorables que fussent pour elles les principes directeurs du droit, on a reconnu qu'elle pouvait être validée dans certains cas exceptionnels. Il en est ainsi de nos jours où cependant sinon la loi, tout au moins l'esprit de la loi est manifestement opposé à toute entrave apportée à la libre circulation des biens.

La loi a d'abord prévu et autorisé la clause conventionnelle de ne pas aliéner dans certains cas exceptionnels ; plus tard, elle a imposé elle-même l'inaliénabilité dans des cas nouveaux.

(1) Proposition Pandolfi prise en considération le 10 mars 1894. V. dans la *Réforme sociale* du 1er nov. 1894 p. 686. « L'institution des biens de famille en Italie » par le prof. Santangelo Spoto.

(2) « Un pays gouverné par les propriétaires est dans l'état social ; celui où les non propriétaires gouvernent est dans l'état de nature » — Boissy d'Anglas, rapport à la Convention nationale du 5 messidor, an III.

L'étude préalable de ces cas d'inaliénabilité est indispensable, car de leur caractère exceptionnel et des motifs économiques qui les ont inspirés, nous déduirons les principes généraux, et à ces principes nous demanderons la solution des questions de validité et de nature des clauses conventionnelles dont nous nous proposons de faire l'étude spéciale.

Il est à remarquer que jamais la loi n'admet une restriction au pouvoir d'aliéner des propriétaires qui puisse servir à maintenir pendant plusieurs générations la fortune dans une même famille, ni à établir une fondation perpétuelle par l'affectation permanente d'un bien inaliénable à une œuvre déterminée : les exceptions prévues par la loi sont toutes rigoureusement limitées dans la durée de l'inaliénabilité qu'elles autorisent et elles ne peuvent avoir pour but et pour effet que la protection d'un intérêt privé. Les préoccupations d'ordre politique et social que l'on peut voir réapparaître sous une forme nouvelle dans les projets de *homestead* ne sont aujourd'hui qu'à l'état d'aspiration vague et aucun parlement européen ne les a encore franchement sanctionnées.

La loi, le code civil lui-même, quelque individualiste que soit sa conception de la propriété, a admis que l'inaliénabilité pourrait être stipulée dans les contrats de mariage ; et cette exception a été introduite non seulement dans l'intérêt de la femme mariée, pour la mettre à l'abri des abus d'administration ou d'influence de son mari, mais encore au profit des enfants, pour garantir à la famille qui se fonde, une réserve, un capital qui restera intact jusqu'au jour où le mariage, d'où elle sera issue, prendra fin. Ce n'est certes pas sans résistances que les rédacteurs du code civil acceptèrent ce régime, si contraire en même temps aux traditions de la France du Nord et aux désirs nouveaux d'assurer par toutes sortes de mesures la circulation et même la dispersion des biens. Une jurisprudence que l'on peut assimiler à un véritable droit prétorien, permit

d'étendre l'inaliénabilité dotale à la fortune mobilière de la femme, lorsqu'une révolution économique que les rédacteurs du code ne pouvaient prévoir, fit apparaître des patrimoines considérables entièrement mobiliers.

A côté de l'inaliénabilité dotale que la loi permet de stipuler, on peut citer l'inaliénabilité des biens donnés ou légués à charge de substitution légale, exceptionnellement permise, l'inaliénabilité des biens vendus à réméré pendant la période où l'exercice du réméré est possible, l'interdiction de partager des biens indivis que les co-propriétaires peuvent s'imposer pour un certain temps. Mais de ces défenses d'aliéner, les deux premières ne produiront d'effet que sous condition : si l'appelé vient à recueillir la substitution ou si le vendeur use de la faculté d'exercer le réméré. Quant à la troisième, si elle interdit d'exiger le partage, elle ne s'oppose nullement à l'aliénation des parts indivises de la propriété. L'inaliénabilité dotale produit des effets certains qu'aucune condition ne vient mettre en doute : quoiqu'il arrive, dès qu'un bien est dotal, les intéressés pourront, dans tous les cas, se prévaloir de son inaliénabilité contre tout acte de disposition.

Les loi postérieures au Code civil ont, non plus autorisé, mais imposé l'inaliénabilité. Toutes ont pour objet des créances alimentaires qu'elles veulent conserver au créancier. Elles s'efforcent de le prémunir contre les cessions des arrérages à échoir ou des pensions indispensables à son entretien, de le protéger contre sa propre prodigalité ou, tout au moins, contre son imprévoyance. C'est ainsi que la loi du 11 avril 1831 dans son article 28 et la loi du 18 avril de la même année dans son article 30 établissent l'insaisissabilité et l'incessibilité des pensions de l'armée de terre et de l'armée de mer.

Les mêmes dispositions se retrouvent dans la loi du 9 juin 1853 sur les pensions civiles.

Enfin la loi du 12 janvier 1895 décide dans son article 2, que

les salaires et traitements des ouvriers, gens de service et ceux des commis et fonctionnaires inférieurs à 2.000 francs, ne pourront être cédés que jusqu'à concurrence du dixième.

En dehors des cas où la loi autorise ou impose l'inaliénabilité, est-il permis aux parties de l'introduire dans leurs conventions? La loi a-t-elle restrictivement indiqué les dérogations au principe de la libre circulation des biens? Peut-on, au contraire, admettre par analogie la défense d'aliéner dans les cas, où d'une part les mêmes motifs favorables existent et où, d'autre part, ne se rencontre aucun des inconvénients que notre législation à manifestement voulu éviter.

Sur ce point, la jurisprudence a varié. Sans doute, elle n'a jamais accueilli les prohibitions permanentes dont nous aurons l'occasion de trouver des exemples dans l'étude de notre ancien droit, mais, après avoir douté de la validité de toute clause d'inaliénabilité, elle l'a fréquemment reconnue licite, quand elle n'y découvrait aucun danger sérieux et qu'elle pouvait l'expliquer par le désir légitime de protéger des intérêts analogues à ceux qui ont mérité les exceptionnelles sollicitudes de la loi. Le désir du disposant de perpétuer les biens donnés ou légués dans une famille ou de les faire servir indéfiniment à une bonne œuvre, ne légitime pas la clause d'inaliénabilité pour la jurisprudence moderne. Conformément aux principes de notre droit actuel, la clause ne pourra être validée que s'il est justifié qu'elle est écrite dans l'intérêt d'une personne existante au moment où la stipulation intervient. Les personnes actuellement existantes au profit desquelles l'inaliénabilité peut, suivant les distinctions établies par la jurisprudence, être valablement stipulée, sont le disposant lui-même, l'acquéreur ou un tiers.

Le vendeur ou donateur a-t-il dans un acte d'aliénation entre vifs imposé l'inaliénabilité à son acquéreur pour que le bien reste entre les mains de celui-ci, la garantie de l'exécution d'une prestation qu'il s'est fait promettre, la jurisprudence voit là

une stipulation très raisonnable qui satisfaisant aux intérêts particuliers du stipulant n'est pas dangereuse pour l'intérêt public. C'est la défense d'aliéner stipulée au profit de l'aliénateur.

Le disposant veut-il gratifier un donataire ou un légataire dont il redoute les habitudes de prodigalité, le manque d'habileté dans l'administration des biens qu'il lui lègue, il recourt à la clause d'inaliénabilité pour s'assurer que, sa vie durant, le donataire ne pourra, par son fait, être privé de la propriété qu'il lui donne. C'est la défense d'aliéner dans l'intérêt du gratifié.

Le donateur ou le testateur dispose d'un bien au profit d'une personne qu'il charge de payer une rente ou de fournir un usufruit à un tiers, et, tant que ce tiers vivra, il interdit au donataire ou au légataire d'aliéner le bien qu'il lui transmet : c'est la défense d'aliéner au profit d'un tiers.

La durée de l'inaliénabilité peut varier dans les limites de la vie des bénéficiaires ; son étendue peut varier aussi : la clause peut n'interdire d'aliéner qu'au profit de personnes déterminées comme elle peut être générale. En tous cas, dans les limites où les principes généraux de notre droit obligent la jurisprudence à la restreindre, elle ne peut produire de grands effets, ni jouer un grand rôle. En réalité, elle n'est utilisée que dans des hypothèses relativement peu nombreuses et peu importantes : c'est moins une institution qu'un expédient.

Il semble, à première vue, que son importance doit être considérable dans le domaine des fondations : l'idée d'inaliénabilité évoque celle de mainmorte. Cependant la fondation n'implique pas l'inaliénabilité. On l'y trouve, sans doute, mais principalement sous forme d'interdiction d'aliéner, stipulée à la charge de propriétaires apparents d'un bien de fondation. Par cette clause, chacun s'interdit de vendre sa part ou son action à d'autres qu'aux sociétaires ; jointe à la clause permettant à la société d'évincer les héritiers des sociétaires décédés, soit à un

prix évalué par expert, soit plus souvent à un prix fictif convenu d'avance, la défense d'aliéner permet de fonder une œuvre perpétuelle par une voie détournée. Dans ce cas, la clause doit être présentée comme écrite dans l'intérêt des co-associés.

Quelque restreint que soit l'usage de la prohibition d'aliéner, elle se rencontre assez souvent dans la pratique, et elle soulève des difficultés juridiques si délicates et si nombreuses, qu'elle peut fournir l'objet d'un travail important, même si on se borne à l'étudier dans notre droit actuel. Mais, ainsi restreint, le sujet ne comporterait qu'une discussion de droit positif. Il peut offrir un intérêt plus vif, si on va chercher dans l'histoire, dans la législation comparée, les applications de notre clause à des époques et dans des pays ou la volonté des testateurs pouvait plus librement disposer, même pour un lointain avenir. Certains regrettent le temps où les chefs de famille pouvaient prendre des mesures pour assurer la fixité de leur descendance sur la terre qu'ils possédaient. A la suite de le Play, beaucoup se prennent à rêver de mesures de protection contre la mobilisation du sol et des fortunes, alors qu'il n'était naguère question que d'en faciliter le morcellement et la circulation. Dans ces conditions, l'historique dans lequel nous allons entrer ne sera pas hors de propos ; il éclairera des reflets du passé les réformes possibles de l'avenir.

Nous nous proposons de diviser cette étude en trois parties de longueur et d'importance inégales : dans la première, qui sera historique et de droit comparé, nous rappelerons les applications de la défense d'aliéner, adoptées dans les législations du passé, et nous rechercherons son rôle dans les législations modernes autres que la nôtre. Nous y noterons les manifestations souvent excessives du désir de se survivre, qui a toujours existé au cœur des testateurs, et les tendances à retenir une partie de la propriété qu'ils cèdent entre vifs chez les aliéna-

teurs et nous verrons dans quelle mesure ces désirs qui paraissent condamnables, dans la plupart des cas, aux juristes français modernes, ont été tantôt réprimés, tantôt satisfaits dans des législations différentes de la nôtre.

Dans une seconde partie strictement juridique, nous rechercherons quelles peuvent être la validité et l'efficacité de la prohibition d'aliéner dans le droit français actuel d'après l'interprétation de la doctrine et de la jurisprudence. Là, se dresseront devant nous des difficultés nombreuses, car la doctrine et la jurisprudence sont loin d'être d'accord pour repousser ou accueillir la clause dans les mêmes hypothèses, et la jurisprudence, elle-même, a varié sur bien des points au cours du dernier siècle. Réservant la critique du système qui nous paraitra résulter des décisions de détail, nous en étudierons les applications : à quelles conditions la jurisprudence reconnait-elle la validité de la défense d'aliéner ? Quelle étendue attribue-t-elle à cette défense reconnue valable ? Quels effets peut-elle produire ? Qui pourra se prévaloir de la violation de cette prohibition ? Par quelles actions et dans quels cas ? Enfin quels sont les actes dans lesquels la jurisprudence autorise d'insérer une défense d'aliéner ?

Une troisième partie sera consacrée à la critique du système de la jurisprudence et à l'exposé de l'essai d'une théorie rationnelle de la défense d'aliéner. Nous aurons à savoir exactement quelle est la nature des effets qui résultent de la défense d'aliéner : le bien est-il frappé d'indisponibilité ? Son propriétaire devient-il incapable de l'aliéner ? A-t-il simplement souscrit l'obligation de ne pas l'aliéner, et cette obligation de ne pas faire laisse-t-elle sa pleine capacité à celui qui l'a souscrite, l'entière disponibilité du bien qui en est l'objet. Cette question exposée, il faudra, selon la solution adoptée, rechercher quel effet la clause peut produire à l'égard des tiers auxquels une aliénation

aurait été consentie par le propriétaire malgré l'interdiction contenue en son titre.

Nous compléterons alors notre étude par une question de législation, nous demandant si l'on doit souhaiter l'intervention de la loi pour donner une solution aux problèmes délicats que nous aurons dû successivement exposer et essayer de résoudre. N'a-t on pas déjà proposé quelques projets dans des matières voisines ? Que serait-il bon de décider dans une loi nouvelle et spéciale ? L'impuissance partielle de l'interprétation à valider la clause d'inaliénabilité dans tous les cas ou nous désirerions qu'elle le fût, nous engagera peut-être à demander l'intervention du législateur ; les leçons de l'histoire et du droit comparé rendraient plus hardi notre appel à quelque réforme. Chacune des parties de notre travail aura pu servir à nous conduire vers notre but : rechercher ce qui a été, constater consciencieusement ce qui est, ne sont-ce pas deux conditions indispensables pour bien discerner ce qui devrait être ?

# PREMIÈRE PARTIE

## La défense d'aliéner dans le Droit ancien et dans la Législation comparée

---

### CHAPITRE PREMIER

### Droit romain

Le droit romain dont l'histoire comprend plus de dix siècles, présente dans tous ses détails des solutions fort différentes suivant les époques et, l'on peut même dire, suivant les civilisations qui se sont succédées à Rome d'abord, dans le monde romain ensuite. Au point de vue qui nous occupe, on peut diviser en trois parties cette longue période de temps : le droit de la République qui nous donne peu de renseignements sur la défense d'aliéner, le droit de l'Empire qui permet d'assurer au moins indirectement la validité de ces clauses par le moyen des fidéicommis, enfin le droit de Justinien dans lequel la défense d'aliéner fait naître une véritable action réelle munie du droit de suite, au profit de celui qui a intérêt à l'invoquer.

## Section Ire. — *Droit de la République*

Dans le droit très ancien, si l'on admet que la propriété privée ne s'étendait qu'aux *bina jugera*, aux deux arpents composant le petit enclos de tout chef de famille, il n'y a guère place pour les clauses d inaliénabilité. Sans doute, selon M. Cuq, il était permis en droit d'aliéner l'heredium, mais cette aliénation était condamnée par les mœurs au point qu'elle était fort rare, sinon sans exemple en fait.

A l'époque primitive d'ailleurs, si l'on en croit de Ihering (1), l'interdiction d'aliéner, même lorsqu'elle est formellement prononcée par la loi n'a pas d'effet réel ; elle ne frappe pas le bien d'inaliénabilité ; elle n'entraîne pas la nullité de l'aliénation ; elle fait encourir seulement une peine au cas d'aliénation. Il en est ainsi, fait-il remarquer, d'après la loi des XII Tables qui défend de consacrer à un temple une chose litigieuse ; en cas d'infraction à cette disposition légale, l'aliénation et la consécration subsistent ; mais l'aliénateur encourt la peine du double (2).

Plus tard, quand les patrimoines des particuliers se sont accrus au détriment des terres communes de la gens ou du peuple, les clauses d'inaliénabilité eussent été plus utiles. Sans doute, de Ihering a conjecturé que les immeubles inscrits sur le registre du cens ne pouvaient plus être morcelés et par cette inaliénabilité relative, il explique la persistance des lots de 7 jugera, objets d'une concession antérieure ; mais d'autre part, il est certain que, bien avant la loi des XII Tables, il était permis d'aliéner son patrimoine puisque le droit préexistant connaît l'interdiction pour pro-

(1) *Esprit du Droit romain*, t. II, p. 144.

(2) *Gaïus ad legem duodecim tabularum*, Digeste loi 3, l. 44; f. 6.

digalité, prononcée d'abord par la gens, plus tard par le magistrat (1).

Dans cette nouvelle organisation des biens, l'aliénation de la propriété étant devenu possible, la prohibition d'aliéner eut été utile. A-t-elle été usitée ?

Certains s'attachent à démontrer qu'elle n'aurait pas fait double emploi avec l'interdiction pour prodigalité : l'interdiction, disent-ils, intervient après qu'une partie, sinon tout le patrimoine est déjà aliéné ; elle n'en sauve que les débris ; la défense d'aliéner imposée par le donateur ou le testateur au moment où il transmet ou lègue la propriété prévient toute dissipation. Cet avantage est sensible dans notre droit moderne, comme dans le droit romain plus récent ; mais dans le droit romain ancien l'interdiction pour prodigalité et la réforme d'aliéner occupent deux domaines différents.

A cette époque en effet, l'interdiction ne pouvait avoir pour but que de préserver les seuls biens provenant des ancêtres et encore lorsqu'ils avaient été acquis ab intestat. Ulpien (2) indique que les biens venant du père pouvaient être dissipés par le fils, sans que celui-ci encourut l'interdiction : il en résulte que, la clause prohibitive d'aliéner ne pouvant intervenir que dans une disposition testamentaire ou dans un acte entre vifs destiné à exécuter une donation, elle ne pouvait jamais être suppléée par l'inter-

(1) Ne pourrait-on pas voir dans cette protection indirecte des petits patrimoines, un effort pour conserver au peuple et à l'armée romaine des familles capables de figurer dignement aux comices et de fournir le service militaire, à une époque où le citoyen devenu soldat s'équipait et s'entretenait lui-même sous les armes et où les prolétaires n'étaient pas utilisés sérieusement pour la guerre ? Ce serait alors un précédent que pourraient invoquer ceux qui voient dans le homestead moderne la protection nécessaire de la famille pauvre.

(2) Ulpien *Regulæ*, XII, 3. V. May, 1, p. 212.

diction dont le domaine était restreint à celui de la succession ab intestat. L'utilité de nos clauses pouvait donc être pour la sauvegarde des intérêts personnels du gratifié plus grande qu'elle ne put l'être dans la suite.

Etait-il possible d'imposer l'inaliénabilité par testament ou par acte entre vifs ? Dans les testaments du très ancien droit, faits en présence du peuple et probablement avec son assentiment et son contrôle, jusqu'à la loi des douze Tables, on ne comprend guère une défense d'aliéner sanctionnée par un vote *calatis comitiis*, si l'on admet, d'une part, que les *gentes* ou même le roi ou les consuls, et non le peuple, prononçaient l'interdiction (1), si l'on se rappelle, d'autre part, que la formule de l'interdiction semble supposer légitime l'aliénation des biens reçus autrement que par succession *ab intestat*. Dans ces conditions, on comprendrait difficilement une loi votée par le peuple et établissant, à l'égard d'un particulier seulement, une incapacité exceptionnelle. Dans le testament *calatis comitiis* postérieur à la loi des douze Tables et dénué de toute sanction et de toute approbation du peuple et des pontifes, et surtout dans le testament primitf *per æs et libram*, il est possible que l'on put plus aisément introduire des clauses d'inaliénabilité, mais nous n'en avons pas d'exemple. Dans le testament primitif *per æs et libram* qui, très vraisemblablement, a consisté à l'origine, dans une aliénation véritable, produisant par la force des choses un transfert immédiat du patrimoine au profit du *familiæ emptor* (2), à cette époque véritable héritier, il y aurait eu une place fort importante pour la clause d'inaliénabilité. La transmission immédiate à l'héritier devenait gênante pour le testateur, au cas où il serait

(1) Girard, *Curatelle du prodigue*, p. 224.

(2) Gaïus, II, 102 et 105 : — Girard, p. 797 et seq.

revenu à la santé. Il pouvait prévoir cette éventualité en se faisant promettre par un pacte de fiducie la restitution du patrimoine pour le cas où il survivrait. Ce pacte n'était pas obligatoire en droit puisque l'action *fiduciæ*, action de bonne foi, ne peut être née que très tard, mais il était garanti par la présence des témoins et du *libripens* et par la crainte efficace, chez l'héritier, d'être l'objet des rigueurs des censeurs spécialement chargés de sanctionner les infractions aux obligations morales.

Enfin, si le pacte de fiducie et l'obligation morale de ne pas aliéner tant que la restitution peut être demandée n'ont pas de sanction réelle et ne peuvent par conséquent vicier en principe l'aliénation faite à tort par l'acquéreur, l'aliénateur, le testateur *per æs et libram* dans notre hypothèse, avait, pour recouvrer sa propriété, le bénéfice de *l'usureceptio fiduciæ*, de l'usucapion par un an, sans condition de juste titre ni de bonne foi qui, tout au moins dans le droit récent était un mode d'usucapion très exceptionnel, analogue dans ses effets énergiques à l'usucapion « *pro herede* ».

Dans les formes de testament postérieures, le même intérêt n'existait plus pour le testateur lui-même ; mais, comme à toutes les époques, la crainte des prodigalités de l'héritier, le désir de l'obliger à conserver les biens légués, soit dans son propre intérêt, soit dans l'intérêt de ses enfants, soit en vue de maintenir l'opulence d'une famille, tous ces motifs engagèrent sans doute à faire insérer dans les actes de dernière volonté des clauses interdisant d'aliéner. Ces interdictions testamentaires, d'aliéner, au moins jusqu'à l'époque où l'héritier aurait atteint un âge déterminé par le testateur étaient évidemment fort utiles pour prévenir les prodigalités des institués ou des légataires, à l'époque antérieure à la loi Pletoria, aux premières mesures de protection des mineurs de vingt-cinq ans ; alors que les hom-

mes *sui juris* devenaient maîtres absolus de disposer de leurs biens dès leur puberté, c'est-à-dire vers l'âge de quatorze ans.

Cependant, il est fort probable que l'utilité théorique de ces prohibitions d'aliéner était amoindrie non seulement par les mœurs publiques, qui considéraient comme un deshonneur la vente du patrimoine de famille, mais encore par les sanctions d'ordre politique qui étaient en usage contre ceux qui encouraient cette indignité. Nous avons déjà constaté un des effets de la crainte de la *nota* du censeur chez ceux qui seraient tentés de parjurer leur promesse de restituer l'hérédité acquise ; nous trouverions encore, vers la fin de la République, des exemples de ces rigueurs des magistrats politiques envers les citoyens qui aliénaient le patrimoine de leurs ancêtres (1).

Les actes entre vifs à cette époque ancienne admettaient ils la défense d'aliéner? On a cru que cette clause était compatible non avec l'*in jure cessio* où elle serait en contradiction avec la revendication pure et simple du droit de propriété reconnu sans réticence par l'adversaire, mais avec la mancipation dans laquelle, dit-on, il serait possible d'insérer toute sorte de pactes adjoints qui deviendraient par cela même obligatoires. Ces pactes adjoints n'auraient jamais pour effet, sans doute, de rendre le bien indisponible et d'en empêcher l'aliénation par l'acquéreur, mais ils soumettraient ce dernier a une action en indemnité en cas de violation de sa promesse.

Même dans cette mesure, il semble que ces pactes adjoints ne doivent pas avoir été munis d'actions : s'ils avaient donné naissance à une obligation sanctionnée, on ne s'explique-

(1) C'est ainsi qu'Antoine fut exclu du Sénat, Cuq. *Instit. juridique des Romains*, p. 82 et 83. Ciceron *de oratore*, II, 55.

rait plus que les contrats innommés soient restés sans sanction jusque sous l'Empire, puisqu'il aurait suffi de les conclure sous forme de pactes adjoints à une mancipation pour les rendre obigatoires (1).

C'est seulement sous forme de contrat verbal que des conventions de ne pas aliéner pouvaient être rendues obligatoires.

La prohibition d'aliéner était, à cette époque, certainement sous-entendue dans les pactes de fiducie et l'usage de la fiducie était assez fréquent à en juger par les nombreux textes interpolés par Justinien qui les a appliqués aux contrats du droit postérieur dont la fiducie remplissait primitivement les fonctions diverses (2).

L'acquéreur fiduciaire auquel la propriété était transmise par mancipation ou par *in jure cessio* promettait de la retransférer plus tard, et ainsi se réalisait un gage, un dépôt ou un commodat. L'objet ainsi transmis pouvait sans doute être aliéné valablement ; mais il est non moins évident que l'acquéreur aliénant une propriété qu'il s'était engagé à conserver et à rendre violait sinon un contrat véritable, puisque la fiducie ne paraît avoir été munie d'action que sous la procédure formulaire, tout au moins un pacte que les mœurs obligeaient à exécuter. Il peut se faire aussi qu'à cette epoque, à défaut de sanction contractuelle, une action pénale ait existé ponr punir celui qui abusait de la fiducie, comme les textes nous révèlent l'existence d'actions pénales punissant, par exemple, la violation du dépôt (3).

(1) Girard, p. 278, note 4, édit. de 1897.

(2) V. dans le *Zeitschrift zur Savigny Stiftung*, 3, 1882, p. 104-120 et 117-180 et dans son ouvrage *Das Edictum*, p. 232 à 235. Girard, p. 502 et 503, édit. de 1897.

(3) Paul, *Collatio* 10, 7, 11 ; May, 2, p. 70.

## Section II. — *Droit de l'époque classique*

Les obstacles à l'aliénation résultant des mœurs anciennes et de la surveillance politique ou administrative des autorités chargées d'établir le cens qui expliquent le peu d'usage fait des clauses prohibitives d'aliéner à l'époque ancienne n'existent plus dès le commencement de l'empire. C'est la loi, dans certains cas, les particuliers par leur testament ou leurs conventions, qui doivent veiller à des intérêts que les mœurs publiques ne sauvegardent plus.

Mais dans ces prohibitions nouvelles, il apparaît bien clairement que l'on n'a pas l'intention de protéger les mêmes intérêts publics ou politiques qui préoccupaient auparavant l'opinion traditionnelle et les pouvoirs publics. Ce n'est plus en vue d'assurer à une famille sa place dans la cité, afin de conserver un soldat aux centuries et un votant aux comices que l'on tend à prohiber les aliénations : la loi Julia édictera l'inaliénabilité de la dot dans un intérêt privé pour garantir la restitution à la femme si celle-ci survit à la dissolution du mariage et tout au plus dans l'intérêt des seconds mariages qu'Auguste est amené à considérer comme un remède, une sorte de pis aller, en présence du grand mal social causé par les divorces multipliés. De même, les particuliers dans leurs dispositions à cause de mort ou dans leurs conventions ne peuvent pas stipuler pour un avenir éloigné : impuissants à frapper les biens d'indisponibilité, ils n'obtiendront un résultat indirect que s'ils désignent une personne destinée à profiter de la violation de la clause imposée à leur acquéreur ou à leur héritier : le respect de la prohibition est subordonné à la survivance des personnes chargées d'en surveiller l'exécution.

Le fréquent emploi de la défense d'aliéner est attesté par

les nombreuses sources auxquelles nous pouvons nous référer pour en connaître le but, la nature et la sanction. Tout d'abord, les textes du Digeste nous montrent les jurisconsultes classiques occupés à apprécier la validité et à déterminer les effets de la prohibition insérée soit dans les actes de dernière volonté, soit dans les actes entre vifs.

Ces textes commentés depuis plusieurs siècles, sont, comme en beaucoup d'autres matières, les principaux inspirateurs de notre droit moderne ; outre l'importance historique qu'ils présentent pour l'étude des mœurs des Romains des premiers siècles de l'empire, leur importance doctrinale est inconstestable, puisqu'ils ont permis à nos anciens jurisconsultes de battre en brêche la conception féodale favorable à l'inaliénabilité.

Mais à côté des textes des jurisconsultes, se trouvent les inscriptions romaines recueillies partout où ont régné la civilisation et le droit de l'empire romain. Ce n'est plus l'acte juridique minutieusement analysé dans ses éléments essentiels, séparé de ses motifs et de ses conditions d'existence, tel que les jurisconsultes classiques habitués à l'abstraction nous l'ont présenté dans leurs textes ; c'est l'acte juridique surpris dans sa vie même, trahissant sa fonction et son but.

Ce but, c'est le plus souvent chez le Romain de maintenir son souvenir intact parmi les hommes. Le disposant espère retenir sur lui l'attention de la postérité tant que se perpétuera chez les héritiers de son sang ou ses affranchis l'unité de son domaine. Il élève un monument épigraphique où il défend de disperser ses biens afin de perpétuer sa mémoire, comme il se ménage un monument funèbre dans le même dessein. D'ailleurs, certaines de ces inscriptions ont été placées sur des tombeaux et il semble que la prohibition d'aliéner qu'elles imposaient n'avait d'autre but que d'étendre aux terrains voisins du monument funèbre le carac-

tère d'indisponibilité que la sépulture acquérait légalement par son caractère religieux (1).

Pour mieux perpétuer sa mémoire, le riche romain laissait autour d'un tombeau fastueux un domaine sur lequel devaient se succéder des générations nées des affranchis du maître qui ne pourraient jamais aliéner ce bien (2).

La notion chrétienne du *remedium animæ* devait changer ces fondations destinées à perpétuer en quelque sorte le culte exclusif du mort en des fondations d'utilité sociale faites en vue, soit de perpétuer la prière publique, soit d'assurer un asile ou des secours aux religieux ou aux pauvres.

Des motifs bien divers peuvent inspirer à un disposant le désir de prohiber l'aliénation de la propriété qu'il cède ou qu'il transmet; mais le résultat qu'il poursuit parait toujours identique : lier si bien l'acquéreur, l'héritier, le successeur que toute aliénation faite par celui-ci soit nulle et assurer à sa prohibition une énergie telle que si une aliénation est tentée, lui ou ses ayants droit, l'acquéreur lui-même puissent, à toute époque, reprendre le bien entre les mains d'un tiers possesseur pour le replacer dans les conditions voulues par le premier disposant. Pour satisfaire ce désir, il faudrait que le disposant pût rendre le bien indisponible, qu'il pût le mettre hors du commerce, comme il faisait du terrain consacré par sa sépulture.

(1) Parmi ces inscriptions recueillies dans le *Corpus inscriptionum latinarum*, les plus importantes sont reproduites dans les *Fontes juris antiqui*, de Bruns.

(2) V. 5. *Cordubæ*. C. I. L. 2583 n° 4332.

Uxori fecit et sibi vivus inque memoriam perpetuam *hortos coherentes* sive suburbanum tradidit libertis libertabusque ex familia uxoris — excepitque ne quis eos venderet, set per genus ipsorum possessio decurreret vel per atnatos vel manumissos.

Le droit romain classique n'a pas admis qu'un citoyen ait le droit de rendre indisponible le bien qu'il défendait d'aliéner. L'acquéreur de ce bien conservait malgré la défense d'aliéner le droit d'en céder valablement la propriété à un autre : il était sans doute tenu de ne pas le faire, soit moralement, soit sous peine d'encourir une déchéance ou une condamnation, mais l'acte par lequel il violait la prohibition ne recevait de cette prohibition même aucune cause de nullité ; la prohibition ne viciait en rien les droits des tiers acquéreurs. Sa seule sanction pouvait être exercée et non encore dans tous les cas, contre celui auquel la défense avait été imposée ou ses représentants.

Pour étudier cette sanction, il faut distinguer entre les prohibitions contenues dans les actes à cause de mort et les prohibitions insérées dans les actes entre vifs.

### § Ier. — *Actes à cause de mort.*

Les défenses d'aliéner contenues dans un acte de dernière volonté peuvent être écrites dans l'intérêt de la mémoire du disposant qui veut perpétuer son souvenir en laissant sous son nom une propriété intacte (1), ou bien dans l'intérêt du gratifié que le disposant veut protéger contre sa

(1) A l'époque de l'Empire et jusqu'au IIIe siècle après J.-C., chaque *ager* ou *fundus* porte un nom propre de famille romaine : Cornelianus, Sempronianus, Cassianus, etc. C'étaient, conjecture M. Declareuil, dans son cours d'*Histoire de la grande propriété foncière à Rome*, les noms des titulaires des institutions foncières qui se formèrent après la dissolution de la communauté gentilice.

Il est probable que, par suite de la routine bureaucratique, le fonds de terre garda souvent le nom de son propriétaire originaire, même après être sorti du patrimoine de celui-ci ; cependant, sinon l'aliénation, du moins le morcellement pouvait faire disparaître le nom, dernier vestige d'une propriété antérieure.

propre prodigalité ou parfois contre la mauvaise administration de ses représentants légaux, ou bien encore dans l'intérêt de la famille, à laquelle le testateur veut que l'on conserve ses biens, afin d'assurer dans l'avenir le bien-être et l'influence de ceux qui continueront sa race.

Les exemples sont nombreux dans les recueils d'inscriptions des testateurs qui font défense à leurs descendants ou à leurs affranchis, d'aliéner, de donner à fiducie, de transmettre à des personnes portant un autre nom, le monument funèbre qu'ils se sont fait construire de leur vivant. Et, parfois aussi, comme dans l'inscription recueillie par Bruns et rapportée plus haut, cette prohibition frappe le terrain qui avoisine le lieu d'inhumation.

Quelle pouvait être la sanction de cette défense ? Le terrain même où se trouvera la sépulture sera *res religiosa* tant que les descendants ou les affranchis y laisseront les cendres du mort et l'aliénation sera impossible, puisque, à ce titre, il sera hors du commerce ; mais le propriétaire futur pourra lui enlever ce caractère en changeant sa destination (1) et le sol redeviendra susceptible d'aliénation ; mais contre cette violation de sépulture, le droit romain donne l'action *de sepulcro violato* à tout intéressé, s'il en existe, qui veuille faire respecter la volonté des ancêtres ; à toute personne même non intéressée, si ce sont les héritiers du défunt qui veulent détruire ou aliéner son tombeau (2).

Cependant la crainte de l'action populaire *de sepulcro violato* ne devait pas suffire à imposer aux héritiers le respect de la défense d'aliéner ou de donner à fiducie, car ceux qui construisaient un monument funèbre pour eux ou pour leurs familles avaient soin de menacer les aliénateurs futurs

(1) Girard, p. 239.

(2) Digeste loi 3 de *Sepulcro violato*, livre 47, titre 12. Ce texte d'Ulpien rapporte les termes mêmes du préteur qui accordera l'action.

de peines pécuniaires (*multœ*) au profit du trésor public, du peuple romain, au profit du collège des pontifes, du collège des Vestales ; ils vont même jusqu'à déclarer qu'en cas d'aliénation, les biens seront attribués à la colonie ou au municipe (1). Quelle était la valeur de ces menaces d'amende ? Maynz se pose cette question sans la résoudre.

Mommsen (2) distingue deux catégories parmi les inscriptions qui prononcent des *multæ*. Celles de la première catégorie portent des amendes au profit du trésor romain. Les peines pécuniaires étaient, après condamnation sur l'action populaire, recouvrées par les questeurs. L'existence de cette action populaire est attestée par deux inscriptions d'Aquileia. L'une (3) parle de la *persecutio* accordée *cuilibet de populo*. L'autre (4) attribue le quart de l'amende au *delator*. Il est à remarquer que cette dernière amende doit être prononcée, non plus au profit du trésor public, mais au profit du municipe.

Les inscriptions rangées dans la seconde catégorie prévoient des *multæ* qui seraient prononcées au profit du collège des Pontifes ou du collége des Vestales. Dans les deux cas, Mommsen estime qu'il était statué sur une poursuite exercée devant les Pontifes, selon une procédure différente de celle qui était suivie devant le magistrat : une sorte de procédure extraordinaire.

Cette juridiction aurait été attribuée aux Pontifes à une époque récente par Antonin le Pieux ou même par un de ses successeurs. Que les Pontifes aient eu une juridiction

(1) Inscriptions contenant défense d'aliéner, dans Bruns, *Fontes juris antiqui*, p. 335 et *multæ* p. 336 et 337.

(2) Mommsen, *Droit public*, t. 3 p. 79, nº 4.

(3) C. I. L. t. V, nº 8304.

(4) C. I. L. t. V, nº 952.

en cette matière, cela parait incontestable en présence de deux inscriptions de la ville de Rome rapportées au *Corpus inscriptionum latinarum*. L'une datant du IIIe siècle de l'Empire, reconnaît à tout membre de la *familia* du defunt le droit de se plaindre auprès des Pontifes de la violation ou de l'aliénation de la sépulture (1). L'autre dit que les propriétaires du tombeau l'ont possédé *ex auctoritate et judicio pontificum* (2).

Enfin, une troisième inscription défendant d'aliéner et de donner à fiducie, invoque la jurisprudence des Pontifes (3).

Il y a donc eu place dans le droit funéraire à une prohibition d'aliéner dictée par la volonté du défunt et à laquelle une sanction pouvait être apposée. Cette sanction était appliquée par des juges spéciaux, saisis par une action populaire.

Pouvait-on étendre aux immeubles voisins cette protection organisée pour les monuments funèbres et parvenir ainsi à faire sanctionner la défense d'aliéner imposée à l'héritier de ces immeubles ?

La chose semble avoir été tentée dans une inscription rapportée plus haut (4); le succès de cette tentative paraît douteux. En tout cas, en supposant que cette inscription de

(1) C. I. L. VI, 10284 — Pelagiorum. Hoc monumentum cum cohœranti areola et duobus ingamma porticibus superposito cubiculo solario triclinio ne quis a nomine nostro alienare audeat neve in eo corpus extraneum inferri patiatur; alioquin sit facultas cuicumque ex familia nostra adeundi per querelam pontifices CC. VV., quorum de ea re notio est et pœnam sestertium L millium nummum arcæ collegii eorum inferendorum exsequi.

(2) C. I. L. VI, 10675.

(3) Henzen, 7331. — Ne veneat, ne fiduciare liceat, nec de nomine exire liceat secundum sententias pontificum CC. VV. supra scriptas.

(4) C. I. l, 2583, nº 4332. Voir p. 28, note 2.

Cordoue ait été restituée dans son texte complet, elle ne contiendrait pas de *multa* (1).

Les défenses d'aliéner insérées dans un testament, dans l'intérêt exclusif du gratifié sont dépourvues de sanction. Elles n'ont rien d'obligatoire ; elles constituent de simples conseils, *nuda præcepta*, selon l'expression employée par les textes. Marcien le dit formellement (2) : « Si quelqu'un a interdit d'aliéner son bien sans indiquer une tierce personne dans l'intérêt de laquelle cette interdiction est écrite, elle ne constitue qu'un simple conseil. » Cette solution est logique, car on ne peut imaginer qui pourrait exercer une action contre l'héritier qui a voulu aliéner, puisqu'il est par hypothèse le seul bénéficiaire de la défense insérée dans le testament.

Cependant un rescrit d'Alexandre Sévère, de l'an 225 ap. J.-C. décide que le père de famille peut valablement défendre d'aliéner les esclaves qu'il laisse à son fils impubère. Si le tuteur les vend, malgré cette défense, l'empereur prévoit que cette vente ne pourra servir à procurer l'usucapion *pro emptore* (3). Il semble donc que, tout au moins pour le cas où les biens étaient transmis par testament à un pupille, la défense d'aliéner entraînait les effets d'une

(1) Une espèce analogue, assez curieuse à noter, s'est offerte à notre jurisprudence contemporaine. Le tribunal civil d'Orange l'a examinée le 30 déc. 1887 (D. P. 89, 3, 62).

Un testateur avait fait à sa dépouille mortelle le legs d'une propriété, afin que l'habitation lui serve de sépulture à perpétuité et que les terres en dépendant soient conservées comme accessoires de sa sépulture. Ce legs fut évidemment déclaré nul.

Le testateur s'était inspiré pour cette disposition des conceptions des peuples de l'Extrême-Orient au milieu desquels il avait vécu pendant assez longtemps.

(2) Fr. 114 Digeste obligatio 1, livre 30.

(3) Loi 2 C. livre 7, t. 26.

incapacité frappant l'héritier et ses représentants légaux ou d'une indisponibilité restreinte à ce but déterminé. Cette décision d'Alexandre Sévère, postérieure de quelques années au sénatusconsulte de Septime Sévère qui interdisait l'aliénation des *prædia rustica vel suburbana* appartenant au pupille peut très bien avoir été donnée, comme le fait remarquer Maynz, uniquement en faveur des pupilles et pour un motif analogue à celui qui aurait dicté le sénatusconsulte; il s'agit ici, dit Maynz, de la limitation apportée par un testateur aux pouvoirs du tuteur, plutôt que de l'exécution d'un modus imposé à un héritier testamentaire.

Ce texte que rien n'oblige à appliquer à un cas différent de celui du tuteur gérant la fortune du fils impubère du testateur ne serait donc pas en contradiction avec les textes qui voient dans la prohibition d'aliéner, quand elle est écrite au profit seulement du grevé, un *nudum præceptum*, l'expression d'un désir sans sanction. Il résulterait que la volonté des testateurs serait impuissante à protéger le gratifié contre sa propre prodigalité, si les testateurs n'avaient pas de moyens efficaces d'apposer une sanction à leurs dispositions.

Ils n'avaient pour cela qu'à faire de la défense d'aliéner une véritable condition ou qu'à la combiner avec un fidéicommis. Mais, on remarquera tout de suite que, dans ces deux cas, l'intérêt du grevé n'apparaît plus seul ; il est même subordonné à l'intérêt de l'héritier testamentaire ou *ab intestat* qui sera appelé au cas où la condition viendra à défaillir, ou bien à l'intérêt du fidéicommissaire, qui, quoiqu'il arrive, pourra toujours, à l'époque fixée, réclamer les biens grevés de fidéicommis à son profit. Nous rentrons donc dans le troisième cas, que nous avons au préalable distingué des deux premiers : la prohibition d'aliéner est ici écrite dans l'intérêt d'un tiers.

Tout d'abord, il convient de faire remarquer que la défense d'aliéner imposée à un héritier ou à un légataire n'est pas toujours considérée par les textes comme une condition : la formule employée par le testateur doit permettre cette interprétation. Les textes qui donnent cette solution ont soin de citer les propres termes du testament, par exemple le fragment 4 § 1 D. de cond. inst. liv. 28, t. 7. et l'on y voit que la prohibition est conçue en ces termes : « si servum hereditarium non alienaverit ». C'est là évidemment une véritable condition négative. Quand il s'agit non d'une condition formelle mais d'un modus, c'est-à-dire d'une charge à l'exécution de laquelle le disposant n'a pas expressément subordonné la vocation du gratifié, les textes n'ont garde d'appliquer la règle donnée pour la condition négative et concluent à un *nudum præceptum*.

Encore faut il ajouter que, même écrite sous forme de condition négative, la prohibition d'aliéner est parfois dépourvue de sanction. En effet, la seule sanction possible en matière de condition négative apposée à une institution, c'est le droit pour les cohéritiers du gratifié d'exiger la caution mucienne. Le gratifié obtient la mise en possession immédiate contre la promesse qu'il fait lui-même et que garantit une caution de payer une indemnité au cas où il violerait la condition. Il en est à peu près de même en matière de legs. Le résultat est qu'en cas d'aliénation, les cohéritiers peuvent demander le paiement de la peine promise, mais ils ne peuvent réclamer le retour en nature des biens compris dans l'institution ou dans le legs ; en fournissant la caution mucienne, le gratifié a accompli la condition négative, disent les textes, et il est devenu héritier pur et simple, sauf le paiement de la somme promise aux cautions.

La condition de ne pas aliéner est donc remplacée par

celle de fournir la caution mucienne et il en résulte, comme le dit le texte d'Ulpien cité plus haut (1), que cette condition transformée ne pourra être accomplie quand il y aura un seul héritier institué, car il n'existera aucun cohéritier ayant qualité pour recevoir sa promesse et celle de la caution. Par suite de cet accident de procédure, la défense d'aliéner, même formulée expressément dans les termes d'une véritable condition n'est plus qu'un *nudum præceptum*. Sans doute, Maynz croit que le texte d'Ulpien a été mal reproduit au Digeste et que l'héritier, institué unique, doit la caution mucienne à l'héritier *ab intestat*, ce qui donnerait une sanction à la prohibition d'aliéner dans ce cas comme dans les autres, mais il semble vraiment impossible d'admettre une solution contraire à un texte formel.

La sanction de la prohibition d'aliéner sera bien plus sérieuse dans le second des cas que nous avons indiqués, quand elle a pour but d'obliger le gratifié à conserver et à rendre le bien à un fidéicommissaire. La défense d'aliéner produira alors, grâce à l'application des règles des fidéicommis, un véritable effet réel, c'est-à-dire que, si le gratifié aliène les biens, malgré la volonté exprimée par le disposant, le fidéicommissaire pourra rechercher les biens, en quelques mains qu'ils se trouvent.

Le cas dans lequel la défense d'aliener doit produire les effets d'un véritable fidéicommis est très bien indiqué dans un fragment du Digeste (2). Il y est rapporté un rescrit des empereurs Septime Sevère et Caracalla. Si le disposant, disent ces empereurs, a écrit la défense d'aliéner en vue des intérêts de ses enfants, de ses descendants, de ses

(1) L. 4, § 1, D. liv. 28, t. 7

(2) P. 114, § 14, D. de leg. 1 liv. XXX.

affranchis, de ses héritiers ou de n'importe quelles autres personnes, sa volonté doit être respectée. Il y aura dès lors lieu d'interpréter cette défense d'aliéner dans le sens d'un fidéicommis lorsque cette interprétation sera possible.

Dans ce cas, dès que le gratifié aura aliéné, au mépris de la défense, la personne au profit de laquelle la défense a été insérée pourra exercer la *petitio fideicommissaria* et se faire mettre en possession des biens. Si le fidéicommis est un fidéicommis de famille ou graduel, c'est-à-dire que le premier fidéicommissaire soit lui-même chargé de conserver les biens pour les rendre à un autre représentant de la famille qui lui succédera, le premier fidéicommissaire devra donner caution avant de se faire mettre en possession.

Il est à remarquer que la défense d'aliéner insérée dans un testament sans une disposition bien formelle de fidéicommis sera facilement interprétée dans le sens d'un fidéicommis graduel, puisque le vague même de la disposition doit la faire entendre dans le sens d'une mesure prise dans l'intérêt de la famille entière.

Les empereurs, dans le rescrit cité plus haut, ont eu soin de réserver le droit pour le créancier et le fisc de faire vendre les biens dont l'aliénation volontaire est prohibée ; mais ils ajoutent, ce qui est la règle en matière de fidéicommis, que si les créanciers de l'héritier ou le fisc font vendre ces biens contre lui, l'acquéreur n'obtiendra qu'une propriété temporaire, qui se résoudra au profit du fidéicommissaire au jour où devra lui être transmis le fidéicommis.

Cependant ces règles sur les effets réels de la clause prohibitive d'aliéner qui vaut fidéicommis ne sont absolument vraies que lorsque la prohibition et, par suite, le fidéicommis qu'on en fait découler ont pour objet une universalité. Il en est autrement quand ils ne portent que sur un objet particulier ce qui devait être le cas le plus fréquent. Le

fidéicommis particulier a donné naissance à une action personnelle au fidéicommissaire, de sorte qu'en principe, les aliénations faites en violation de la défense étaient respectées. Mais le droit classique récent avait assuré ce droit de créance contre les aliénations du grevé en donnant au fidéicommissaire une *missio in possessionem rei* contre le tiers acquéreur de mauvaise foi (1).

### § 2. — *Actes entre vifs.*

La défense d'aliéner se présente aussi en matière d'actes entre vifs. Un propriétaire peut-il s'engager envers autrui à ne pas aliéner une chose qui lui appartient déjà ou bien à ne l'aliener qu'au profit d'une personne déterminée ? Cette promesse peut être valable à certaines conditions : il faut d'abord qu'elle soit faite dans une forme légale, c'est-à-dire par stipulation ou par pacte adjoint muni d'action (2) ; il est nécessaire ensuite qu'elle soit faite au profit d'une personne intéressée à en demander l'exécution.

Si la promesse de ne pas aliéner est contenue dans un pacte adjoint à une vente, l'interprète admet (3) que celui qui aura obtenu cette promesse pourra exercer une action personnelle contre le propriétaire qui aurait aliéné la chose, même au cas où il n'aurait pas stipulé accessoirement une clause pénale. Le motif donné par ce texte justifie bien la seconde condition de validité que nous avons indiquée :

(1) Girard, p. 919. – Paul, *sententiæ*, 4. 1, 15. — Scevola, D. 31 de leg 2, l. 89, § 7.

(2) Fr. 61, de pactis, liv. 2, t. 14 et fr. 11, D. de relig., l. 2, t. 7. Ces textes nous disent qu'une stipulation est nécessaire, qu'un pacte nu ne saurait suffire à engager valablement le promettant.

(3) Fr. 6 § 1 D. 4, de serv. export. liv. 18. t. 7.

l'action pourra être exercée parceque l'acheteur qui a promis de ne pas aliéner a certainement bénéficié d'une diminution de prix ; c'est donc que l'aliénateur avait intérêt à exiger l'exécution de la clause, puisqu'en vue de cette clause, il a consenti a perdre une partie du prix.

Si la prohibition d'aliéner est insérée dans une donation, il semble au premier abord que le donateur ne pourra en exiger l'exécution, car, il n'aura, par application du même principe, aucun intérêt à exiger l'accomplissement de la promesse de ne pas aliéner. Le donateur pourra néanmoins se réserver le droit de poursuivre en adjoignant au pacte *de non alienando* une *stipulatio pœnæ* (1). Dans ce cas, le stipulant avait l'action *ex stipulatu* pour réclamer le paiement de la pœna. Plus tard, une constitution des empereurs Valérien et Gallien de l'an 258 après Jésus Christ (2) permit au donateur d'exercer la *condictio ob rem dati* pour demander la restitution ou le paiement de l'estimation de la chose donnée.

En résumé, que la prohibition d'aliéner fut contenue dans un contrat à titre gratuit ou dans un contrat à titre onéreux, elle donnait naissance à l'époque classique à une action personnelle, pourvu qu'elle fut valable en la forme et que le prétendu créancier justifiât d'un intérêt à la faire valoir. Mais, à cette époque, la prohibition conventionnelle d'aliéner ne pouvait jamais être sanctionnée par une action réelle, de sorte que les aliénations faites par le propriétaire au mépris de sa promesse étaient opposables à celui qui avait interdit d'aliéner.

Cependant, une grave difficulté a été soulevée à ce sujet à l'occasion d'un texte de Marcien duquel il résulte nette-

(1) Fr. 135, § 3, D. de verb. oblig. l. 45, t. 1.

(2) L. 3, C. de cond. ob. caus. dat. livre 4, t. 6.

ment que, si le créancier hypothécaire s'est fait promettre par le débiteur qu'il n'alienera pas la chose hypothéquée, la vente qu'en fera ce dernier sera nulle(1). Le créancier hypothécaire aurait donc une action réelle contre l'acheteur, si celui-ci avait reçu tradition.

De tout temps, les commentateurs ont essayé de concilier ce texte avec ceux que nous citons plus haut et qui admettent exclusivement une action personnelle.

Les Glossateurs avaient pour la plupart admis que le pacte *de non alienando* n'entraînait pas d'effet réel quand il était consenti au profit d'une personne qui n'avait déjà aucun droit réel sur la chose et qu'il produisait au contraire l'effet décrit par notre texte quand il intervenait au profit d'une personne déjà titulaire d'un droit réel sur la chose dont elle prohibait l'aliénation.

Aujourd'hui on admet plus volontiers que ce texte a été interpolé par Justinien et qu'à l'époque classique, à la différence de la prohibition testamentaire d'aliéner qui pouvait parfois donner naissance à une action réelle, la défense conventionnelle, qu'elle fut écrite dans un acte à titre gratuit ou dans un acte à titre onéreux, ne pouvait jamais être sanctionnée que par une action personnelle.

### Section III. — *Droit de Justinien*

La grande innovation de Justinien en notre matière, c'est la mise hors du commerce des choses soumises à restitution en vertu d'un fidéicommis particulier aussi bien qu'universel (2). Dans une constitution insérée au Code, Justinien

(1) L. 7, § 2, D, XX, 5.

(2) Loi 3, § 2, C., Comm. de legat et fideic, liv. 6 t. 13.

interdit tout acte d'aliénation et d'engagement de la chose et donne à celui qui en peut réclamer la remise comme légataire ou comme fiduciaire — qualités à peu près identiques à son époque, — non plus une action personnelle, comme le droit antérieur l'accordait au moins au fiduciaire à titre particulier, mais une action *in rem* contre celui qui avait tenté d'acquérir, malgré la défense du testateur. Le motif donné par Justinien implique bien l'indisponibilité : que l'héritier sache, dit-il, que ce qui est à autrui ne peut être l'objet d'une aliénation.

Justinien innova aussi en validant toute prohibition d'aliéner par pacte ou par testament et en déclarant nulle l'aliénation consentie au mépris de cette défense, à l'égal de l'aliénation accomplie au mépris de la défense de la loi (1).

Cependant on ne peut induire de ces réformes l'intention de favoriser d'une manière singulière et d'après un système préconçu la conservation des biens dans les familles. Qu'on parcoure les constitutions que nous venons de citer, qu'on lise la Novelle 159, on verra que nulle part le moindre motif d'ordre économique n'est invoqué : Justinien est fidèle à la tradition du droit romain classique ; il n'a que des conceptions et des préoccupations d'ordre individualiste. Il voit seulement un testateur, des contractants qui ont voulu obtenir un effet juridique ; il sanctionne leur volonté. S'il limite à un temps donné les effets de leur prohibition, il ne parait pas avoir eu la pensée de sauvegarder la circulation des biens ; il se préoccupe simplement de respecter chez les titulaires ultérieurs le caractère absolu de la propriété.

Cependant il ne faut pas, semble-t-il, croire par l'exagération inverse que Justinien limita strictement aux héritiers

(1) Constit. 7 C. de reb. al. non alién. liv. 4, t. 51.

la durée des effets de la défense d'aliéner. Cette erreur pourrait résulter de la Novelle 159 qui réduit à la durée d'une seule génération la portée de la première défense d'aliéner qu'elle interprète, la formule employée dans le testament dont la Novelle reproduit les termes, semble imposer cette interprétation restrictive. Mais la même Novelle, dans son chapitre 2 donne une solution différente pour une défense d'aliéner contenue dans le codicille qu'elle rapporte après le testament. Dans le codicille le testateur avait formellement imposé au gratifié une défense d'aliéner perpétuelle. Justinien la reconnait valable, mais en vertu de la règle générale qu'il édicte pour tous les fidéicommis graduels, il décide qu'elle ne peut plus produire d'effets au jour où la difficulté lui est soumise parceque le fidéicommis a été transmis pendant quatre générations à partir du testateur qui a interdit l'aliénation.

## CHAPITRE II

### Ancien Droit français

Dans la période de temps très considérable qui sépare l'empire romain du XIX^e^ siècle, nous allons retrouver les diverses phases dont nous avons pu constater successivement l'existence au cours de l'histoire du droit romain. Mais les caractères de chacune de ces époques sont plus accentués, le rôle de la prohibition volontaire d'aliéner a pu être à certains moments plus important et surtout son emploi décèle plus nettement qu'en droit romain une intention politique ou sociale.

Dans l'ensemble cependant, on retrouve la succession de faits et d'idées analogue à celle qui s'est présentée à l'époque romaine : au début rareté de la clause que l'inaliénabilité de droit ou de fait sinon de toutes les terres, du moins de beaucoup d'entre elles rend inutile ; importance croissante de la prohibition d'aliéner, à mesure que disparait l'inaliénabilité légale ou quasi-légale ; combinaison de la prohibition d'aliéner avec les substitutions. Si l'on tient compte dans ce dernier état du droit des restrictions apportées au droit national favorable à la conservation des biens dans les familles par l'adoption de la plupart des règles individualistes d'origine romaine, on aura le résumé de ce que fut notre clause dans l'ancien droit français. De sorte que, partant de l'inaliénabilité générale comme le vieux droit romain, le droit germanique se transforme de même ; mais son évolution est ralentie toutes les fois qu'il se heurte aux institutions sociales de la féodalité ; néanmoins, sous

l'influence du droit romain lui-même, et après la décadence du droit féodal primitif, il finit par se confondre en partie avec le droit de Justinien.

### Section Ire. — *Droit barbare*

En Germanie, avant les invasions, si l'on en croit les écrivains de Rome, les Barbares ne connaissaient guère la propriété individuelle ; s'ils avaient un petit domaine personnel semblable à l'*heredium* des vieux Romains, c'était toute leur propriété individuelle et encore n'est-il pas bien sûr que, même réduit à ce type rudimentaire la propriété individuelle existât. Les terres, le plus souvent communes, étaient l'objet de partages périodiques (1), l'inaliénabilité existait donc comme un fait général : nul ne peut céder la propriété d'un bien sur lequel il n'a qu'un droit de jouissance précaire.

Sur le territoire romain vers lequel ils s'avançaient, les Barbares allaient trouver presque uniquement la propriété romaine absolue, aliénable, mais sur laquelle nous l'avons vu, les propriétaires pouvaient valablement imposer des défenses d'aliéner.

Cependant auprès des frontières où ils s'établissaient d'abord les Barbares rencontraient les *agri limitanei*, sortes de confins militaires occupés par les vétérans des armées romaines, concessions de l'Etat romain que les bénéficiaires ne pouvaient céder qu'à d'autres vétérans (2).

Les envahisseurs constituèrent aussi, d'après le type de la propriété germaine, de vastes communautés dont les

(1) V. César, de *bello gallico*, IV. — Tacite, *Germania*, 26.

(2) L. 2 C. Th. XII, 19. Les vétérans étaient propriétaires de leur concession mais avec une prohibition légale et partielle d'aliéner.

membres composant la *villa* ne devaient aliéner leur part qu'au profit des co-propriétaires et dont l'ensemble était muni du droit d'hériter de ses membres et d'expulser l'acquéreur étranger (1).

La loi des Ripuaires (2) semble avoir consacré une véritable substitution de la *terra salica*, mais M. Martin Saint-Léon fait remarquer (3) que c'est une substitution provenant non de la volonté du propriétaire mais de la loi, non une véritable substitution testamentaire, mais une succession anomale *ab intestat*.

Toutefois les cas d'inaliénabilité disparurent. Un édit de Chilpéric supprime le droit de succession attribué à la communauté sur les biens de ses membres par l'ancienne coutume dans le cas prévu plus haut (4). On revient pendant quelque temps au type romain de la propriété aliénable (5).

Ainsi s'explique-t on que certaines lois barbares admettent des cas d'inaliénabilité imposée par testament : nous en trouvons des exemples dans les lois des Saxons (6) dont une disposition autorise le *Bocland*, c'est à dire la donation de la terre sous la condition qu'elle sera inaliénable. C'est le véritable fidéicommis de famille.

Mais, dès l'époque franque, l'inaliénabilité reparaît et devient fréquente ; grâce à la pratique de la recommandation des terres, les bénéfices sont en fait intransmissibles et inaliénables (7).

(1) *Loi salique*, de migrantibus XLV, 1.

(2) Art. 6.

(3) *Des substitutions fidéicommissaires*, p. 179.

(4) *Loi salique*, de migrantibus XLV, 1.

(5) Esmein. *Cours élémentaire d'histoire du Droit français*, 3e édition, p. 87.

(6) *Lois d'Alfred*, loi 41 citée par Martin Saint-Léon *loc. cit.*

(7) Esmein. — Dans la recommandation des terres, la concession

Les pratiques de la vieille co-propriété germaine reparaissent. Au XIe siècle il est devenu impossible d'aliéner ses propres, sans le consentement de ses héritiers (1). On voit dans les lois de Burchard que l'aliénation des biens héréditaires ne peut être tolérée qu'en cas de nécessité et qu'avant de les céder à un étranger, il faut les offrir à un membre de la famille (2).

Il y a donc eu à cette époque peu de place pour la défense d'aliéner, non pas, comme on l'a cru, parce que l'insécurité sociale ne permettait pas aux testateurs ou aux stipulants de croire raisonnablement à l'exécution de leurs volontés, mais parce que le droit, en imposant l'inaliénabilité rendait toute intervention des particuliers inutile.

## Section II. — *Droit féodal*

Le fief, d'abord intransmissible et inaliénable par suite de la nature du contrat d'inféodation et du caractère personnel des engagements du vassal (3) devient inaliénable par l'effet de la loi même, au moins pour les pays soumis à la juridiction de l'empire d'Allemagne, quand l'empereur Lothaire III, en 1136, prohibe l'aliénation sans la permis-

gratuite ou moyennant redevances pouvait n'être qu'un droit de propriété limité.

(1) Laboulaye, *Histoire de la propriété foncière en Occident*, p. 372.

(2) *Ibid.* — Appendice V. 2 : Lex erit familiæ : si quis prædium, vel mancipia in hereditatem acceperit et in paupertatem inciderit et ex hac necessitate hereditatem vendere voluerit, prius proximis heredibus cum testimonio proponit ad emendum ; si autem emere noluerint, vendat cui voluerit.

(3) *Durantis speculum*, n° 30, p. 313.

sion des seigneurs (1) et par Frédéric (2), qui résout toute aliénation, même pour le passé, sans qu'aucune usucapion puisse être invoquée, en permettant seulement la restitution du prix à l'acquéreur de bonne foi.

En France, l'aliénation devenait aussi possible avec l'assentiment du seigneur, plus tard sans son assentiment, moyennant le paiement d'un droit (3) ou sauf l'exercice du retrait féodal (4).

Les clauses d'inaliénabilité où les prohibitions d'aliéner sont donc impossibles dans les fiefs à l'époque ancienne ; mais elles sont possibles pour les alleux et les tenures roturières. Nous avons d'ailleurs la preuve qu'elles se pratiquaient assez fréquemment.

Cette preuve se trouve résulter indirectement du rapprochement de certains textes très nets du *Grand Coutumier de Normandie* (5), d'après lesquels l'inaliénabilité, qui est la condition légale des fiefs, peut être étendue conventionnellement aux alleux.

Le Coutumier applique à l'alleu le nom de tenure en bour-

(1) *Libri feudorum*, II, 52, *de prohibita feudi alienatione.*

(2) *Libri feudorum*, II, 55.
On pourrait dire que ces lois sanctionnent une prohibition d'aliéner impliquée dans le contrat d'inféodation et modifiée par l'admission du droit de succession au fief : le suzerain retient un droit réel et rend le bien indisponible entre les mains du vassal. Ce serait l'application du texte de Marcien l. 7, § 2, D, XX, 5. d'après l'interprétation qu'en donnaient les commentaires contemporains ou légèrement postérieurs.

(3) Guy Coquille, *Institutions*, p. 86 ; — *Livre de jostice et de plet*, XII, 13, § 1.

(4) Beaumanoir, *Coutumes de Beauvaisis*, LI, 20.

(5) *Coutumes de Normandie*. édition Tardif, t. II, Grand Coutumier de Normandie.

gage (1). Plus loin (2), il est dit que ces tenures peuvent être vendues comme des meubles, sans le consentement du seigneur et que les héritiers ne peuvent révoquer les ventes qni ont été faites. Le fief, au contraire (3), ne peut être vendu ou engagé sans le consentement du seigneur. Mais au chapitre XXIX il est ajouté que la tenure en bourgage est souvent reçue contre la prestation de l'hommage, c'est-à-dire que le possesseur de l'alleu consent à le tenir à titre de fief. Dans ce cas là, est-il dit, l'hommage n'est pas dû à cause de la nature de la terre, mais seulement en vertu du pacte intervenu entre les parties. La terre conserve son caractère allodial et les règles de l'alleu doivent lui être appliquées dans le silence du contrat ; mais les règles du fief lui seront applicables toutes les fois qu'une clause expresse sera intervenue dans les contrats pour imposer sans qu'aucun doute puisse être élevé, l'observation d'une de ces règles (4).

Ce texte est formel et il est évident, sans que le Coutumier l'indique que, parmi les dispositions applicables au fief, celle qui édicte leur inaliénabilité, pouvait très valablement être appliquée par un pacte formel aux alleux tenus en hommage. Le texte même ne fait pas cette appli-

(1) *Ibid*, p. 91, càp. XXVI, nº 5 : « Per burgagium autem tenentur alodia et masure in burgo constitute burgorum consuetudines retinentes ».

(2) *Ibid.* p. 98, cap. XXIX.

(3) *Ibid.* cap. XXVII.

(4) *Ibid.* cap. XXIX, nº 6 : « De burgagio autem multa tenentur per homagium. sed hoc non est de institutione burgorum, sed ex pacto inter possessores eorum interveniente ; et licet pactum inter eos factum debeant observare, nihilominus tamen propter hoc quantum ad cæteros debet per burgagii reputari et omnes conditiones burgagii retinebit, nisi expressa conditio in contractis facta quando burgagium receptum fuit in feodum, se opposuerit evidenter. »

cation spéciale de la règle qu'il édicte ; mais des raisons sérieuses portent à croire fort probable l'extension conventionnnelle aux alleux et même aux tenures roturières de la prohibition d'aliéner que la loi et la coutume imposent formellement aux fiefs.

La clause d'inaliénabilité inutile pour le fief véritable devenait en effet fort utile dans le contrat d'inféodation d'un alleu. Elle donnait au seigneur qui recevait l'hommage le droit de surveiller et d'autoriser à son gré la transmission du bien, soit tout d'abord pour veiller à ce que cette terre lui fournit un soldat comme le dit Lothaire III dans la constitution précitée, soit pour s'assurer qu'elle lui paierait les redevances en cas de transmission.

La clause conventionnelle d'inaliénabilité a donc pu avoir un rôle social considérable à cette époque, si elle a pu servir à étendre à une terre libre la condition du fief et aux propriétaires de ces terres la condition personnelle des vassaux.

### Section III. — *Droit postérieur à la Féodalité*

Les fiefs devinrent héréditaires d'assez bonne heure et plus tard transmissibles entre vifs, sauf le paiement des droits fiscaux. L'inaliénabilité ne fut plus alors de droit, et la question se posa de nouveau de savoir si dans les testaments, dans les donations ou dans les actes entre vifs à titre onéreux, l'inaliénabilité des biens pouvait être imposée ou stipulée. Ce n'était plus ici l'intérêt du concédant qui était en jeu ni la nécessité d'assurer la possession des biens à des hommes capables de rendre les services féodaux : un intérêt économique seul se présentait : le désir de conserver les biens dans les familles. Sans doute ce désir était

en partie satisfait par l'institution du retrait lignager que l'on retrouve en beaucoup de coutumes (1), mais, les chefs de famille cherchant à assurer d'une manière plus sûre la conservation de leurs biens, les défenses d'aliéner furent fréquentes.

Sur les diverses questions de validité, de nature et de sanction de ces défenses, il est certain que les efforts de la pratique furent paralysés par la renaissance du droit romain et par l'influence des commentateurs de Justinien, en particulier des glossateurs.

Dès la première moitié du XIVe siècle, Barthole avait déjà vulgarisé toutes les solutions du droit romain, et, sur le sujet qui nous occupe il s'était attaché à mettre en relief le caractère du *nudum præceptum* de toute défense d'aliéner faite sans désignation suffisante du bénéficiaire (2), le caractère personnel des actions accordées à l'aliénateur qui a stipulé l'inaliénabilité dans un acte entre vifs (3), la limitation a quatre degrés des effets de la défense d'aliéner

(1) Le *jus protimeseos* en Orient qui est reproduit dans les coutumes de France, d'Allemagne et dans la plupart des *fueros* espagnols; Laboulaye *op. cit.*, p. 372.

(2) Barthole, édit de Lyon, 1552, *Opera omnia*, t. II, secundo pars super infort, p. 30, ad leg filius § divi, f. de leg, 1.

(3) Cependant Barthole multiplie par analogie les cas dans lesquels la défense contractuelle d'aliéner donne lieu à une action réelle : ainsi par analogie de la défense d'affranchir lorsque l'alienation prohibée est irrévocable (*loc. cit.*, n° 14) ou par analogie de la défense de faire une chose religiosa, lorsque l'aliénation est extraordinaire (*id.* et t. III, sup. digesto novo secunda pars ad leg si ita quis § ea lege, p. 61, n° 4). Barthole admet aussi que la prohibition d'aliéner à un effet réel quand elle est employée sous forme de condition resolutoire (ad leg. filius § divi n° 14 *loc. cit.*) et, par application du texte de Marcien, quand le contractant s'est réservé un droit réel sur la chose (*ibid.* et t. IV prima pars sup. Cod., p. 147.

quand elle est jointe à un fidéicommis exprès ou tacite (1).

Cette influence du droit romain commenté par les modernes ne parvint cependant pas à faire disparaître toutes les dispositions des coutumes favorables à l'inaliénabilité. Par une curieuse préoccupation qui indique chez les jurisconsultes de cette époque le souci de ne pas se trouver en désaccord avec le droit romain, les commentateurs influencés à leur tour par la pratique essayèrent de tirer des textes des solutions identiques à celle des coutumes.

Plus tard, les commentateurs exacts de la compilation de Justinien et parmi eux Cujas et Doneau, s'élevèrent contre cette interprétation abusive des textes. Ils avaient raison au point de vue historique : en bien des points de détail, les praticiens avaient attribué au droit romain les solutions modernes que le désir de perpétuer les biens dans les familles avaient inspirées. Malgré les efforts des romanistes, la jurisprudence et les auteurs, non spécialement romanistes, continuèrent à admettre des solutions nouvelles sous l'empire des besoins économiques de leur époque.

Tout d'abord l'ancien droit français unifia à notre point de vue les effets de la défense d'aliéner sans distinguer si elle était insérée dans un acte testamentaire ou entre vifs. Les jurisconsultes prétendaient tirer cette unification d'un texte du Code de Justinien (2). Cujas et Doneau montrèrent bien que cette constitution n'avait pas une telle portée (3) ; la règle nouvelle n'en fut pas moins maintenue et l'on admit que, dans le droit moderne, les prohibitions testa-

(1) Barthole. *Opera omnia*, t. V. sup. trib. lib. Cod., ad leg *quemadmodum* C. de agricol. et cens. lib. XI, nº 5 in fine.

(2) Loi 3 de donat. quæ sub modo liv. VIII, t. 55.

(3) Hugonis Donelli, *Opera omnia*, t. II, p. 1214.

mentaires ou conventionnelles avaient même efficacité (1), et Maynard (2) déclarait que, contrairement à la solution donnée par plusieurs interprètes du droit romain, il fallait accorder, non pas seulement une action personnelle, mais une action réelle contre les tiers acquéreurs au donateur qui a imposé au donataire l'obligation de ne pas aliéner et de ne pas engager la chose donnée. Un arrêt du Parlement de Normandie, du 15 novembre 1633, rapporté par Basnage (3), accorde une action réelle contre les héritiers du donataire, malgré l'argument tiré de l'inefficacité des prohibitions contractuelles d'aliéner en droit romain.

L'usage d'identifier les effets de la substitution testamentaire et de la substitution contractuelle fut d'ailleurs justifié, ainsi que le fait remarquer Ricard (4) par l'article 59 de l'Ordonnance d'Orléans de 1561 et l'article 57 de l'Ordonnance de Moulins, de 1566. Ces ordonnances supposent que la substitution fidéicommissaire peut être faite par donation entre vifs ou par testament. L'ordonnance de Moulins, dans la dernière partie de son article 57, exigeant la publicité pour la validité des substitutions à l'égard des tiers, astreint à cette formalité les substitutions qui sont faites par donations entre vifs. C'est reconnaître que ces substitutions produisent leur effet à l'égard des tiers, aussi bien que les fidéicommis testamentaires. Cette doctrine fut aussitôt appliquée même en pays de droit écrit par un arrêt rendu à la prononciation de Noël de l'an 1585.

(1) Ricard, Des substitutions directes et fidéicommissaires, IIIe part. ch. IV, n° 126 et 130-133, dans son *Traité des donations*, t. II.

(2) Maynard, *Questions notables*, liv. IV, ch. 9.

(3) Basnage, *Commentaire sur la coutume de Normandie*, 4e édition, Rouen 1778, t. II, p. 260.

(4) Ricard, *Loc. cit.* n° 133, 134.

Bien plus, il fut jugé par le Parlement de Paris (1) que la prohibition des substitutions testamentaires par certaines coutumes n'entraînait pas la prohibition des substitutions contractuelles, à moins que le texte prohibitif ne les visât spécialement. Telle était la faveur avec laquelle on accueillait et on sanctionnait la défense conventionnelle d'aliéner.

Nous n'avons donc plus à tenir compte, à notre époque, de la distinction des actes entre vifs et des actes à cause de mort si importante à l'époque romaine.

### § 1er. — *Défense d'aliéner en faveur du gratifié.*

Sur bien d'autres points, l'ancien droit français s'est montré plus favorable à la prohibition d'aliéner que le droit romain.

Un arrêt du Sénat de Savoie (2) admit que la défense d'aliéner stipulée au profit du gratifié, sans fidéicommis pouvait produire un effet réel et rendre nulle l'aliénation qui y contrevenait. L'aliénation faite par un héritier auquel le *de cujus* avait légué un bien à condition de ne pas l'aliéner était déclarée nulle *ipso jure ;* cette nullité plus rigoureuse que la nullité résultant de la minorité de 25 ans n'impliquait pas pour l'aliénateur l'obligation de prouver qu'il avait subi une lésion. C'est une incapacité complète qui atteint le gratifié, plutôt qu'une indisponibilité réelle frappant la chose.

Mais cette opinion ne fut pas adoptée par les divers

(1) Arrêt du 16 juillet 1647 cité par Julien Brudeau, *Recueil de plusieurs notables arrêts*. Paris, 1700.

(2) Arrêt du 15 des cal. de janv. 1588, rapporté par Antonius Faber dans le *Codex Fabrianus*, lib. IV, tit. XXXVII.

Parlements de France. Le Parlement de Paris par arrêt du 21 mars 1637 rappelle la règle d'après laquelle la prohibition d'aliéner pure et simple constitue un *nudum præceptum* (1).

Un autre arrêt du Parlement de Paris du 1er septembre 1678 (2) dans une hypothèse absolument semblable à celle qu'avait examinée le Sénat de Savoie, répute simple conseil la prohibition insérée par une femme qui dans son testament interdisait à ses enfants de disposer de leurs biens avant l'âge de 30 ans.

D'après un arrêt de la Grand' Chambre du Parlement de Provence du 18 juin 1686 (3) la défense d'aliéner faite au profit d'un héritier imbécile et sans disposition fidéicommissaire ne serait qu'un simple conseil.

Les fondations pieuses ou charitables semblent n'avoir pas joui d'une solution de faveur. La prohibition d'aliéner les biens dont les revenus sont destinés aux pauvres est assimilée à la défense écrite en faveur du gratifié.

Une institution avait été faite en 1691 au profit de deux hôpitaux de Marseille, la Charité et le St-Esprit sous la condition de ne rien aliéner pour que le revenu serve toujours à la nourriture des pauvres. Consulté sur la validité d'une aliénation future, Cormis répondait (4) que la Charité pouvait aliéner parceque la défense d'aliéner non accompagnée de la vocation d'un tiers en cas d'infraction à la condition constituait un *nudum præceptum*.

(1) Brillon, *Dictionnaire des arrêts ou jurisprudence universelle des parlements de France*, t. I, vo aliénation.

(2) *Journal du Palais*, par feus MM. Claude Blondeau et Gabriel Guérets, avocats en Parlements.

(3) H. de Boniface, *Arrêts notables de la Cour de Parlement de Provence*, t. 5, p. 263.

(4) Cormis, *Recueil de Consultations*, t. II, ch. XXVII, p. 126.

Les jurisconsultes des derniers siècles de l'ancien droit paraissent décider la question dans le même sens que les arrêts des Parlements. Ricard déclare (1) que la défense pure et simple d'aliéner n'est qu'un simple conseil, car le légalataire ayant été rendu propriétaire incommutable de la chose léguée, il est de la nature essentielle de la possession qu'il en soit le maître absolu pour en disposer à son gré. Pothier admet la même solution (2).

Mais Furgole qui, il est vrai, était avocat au Parlement de Toulouse, semble être d'un avis contraire et accorder quelque valeur à la prohibition d'aliéner pure et simple. « Quand, dit-il, la prohibition d'aliéner n'a point de cause et qu'elle ne peut pas produire un fidéicommis, rien n'empêche que le possesseur n'en puisse disposer par testament, parceque dans ce cas, la prohibition se borne aux aliénations qui peuvent être faites par contrats entre vifs. C'est le sentiment commun des docteurs ».

D'après cette opinion qui ne serait pas isolée ou moins dans la région ou écrit Furgole (3), une défense d'aliéner n'ayant pas le caractère de fidéicommis pourrait être efficace, au moins dans la mesure qu'elle interdirait les actes entre vifs.

### § 2. — *Défense d'aliéner en faveur du disposant.*

Quand la prohibition d'aliéner est écrite dans un acte uniquement dans l'intérêt du stipulant, celui-ci pourra sans

(1) Ricard, *Des substitutions directes et fidéicommissaires*, nº 329.

(2) Pothier, édition de Paris, par Dupin, t. VII, *Des substitutions fidéicommissaires*, art. 3, § Ier, p. 584 et suiv., et *Coutumes d'Orléans*, titre XVI, art. 5, règle VII.

(3) Furgole, *Traité des testaments, codicilles, donations à cause de mort et autres dispositions de dernière volonté*. Paris 1748, t. II, p. 52.

difficulté en demander l'exécution et exercer une action réelle contre le tiers acquéreur. C'est la doctrine du texte de Marcien inséré au Digeste et probablement interpolé par Justinien. Cette doctrine reproduite et expliquée par Barthole (1) est admise par notre ancienne jurisprudence. C'est ainsi que Guy Pape la fait sanctionner par le Parlement de Grenoble (2). Cet arrêt du 28 mars 1461 intervient dans une matière féodale où l'on voit la curieuse application du droit romain à une espèce toute moderne. Certains habitants corvéables avaient acheté leurs corvées à Claude de Bouzereau, seigneur de Beaumont. Ils les lui revendirent ensuite, mais à charge de ne jamais les vendre qu'à eux mêmes à un prix déterminé, en garantissant leur droit par une hypothèque expresse Le seigneur de Beaumont ayant, au mépris de sa promesse, cédé ses corvées à l'écuyer Aymard Allemand, celui-ci fut obligé de subir la résolution de son droit au profit des corvéables. Cette solution fut admise, nous dit Guy Pape, à sa demande et d'après son opinion propre et par application des théories de Barthole qu'il prend soin de reproduire.

Les habitants ayant retenu un droit réel d'hypothèque sur la chose qu'ils vendaient, avaient pu imposer valablement à leur profit une défense d'aliéner, telle qu'elle rendait nulle toute aliénation ultérieure.

Cette prohibition d'aliéner, écrite au profit d'une collectivité permanente, d'une personne morale comme nous dirions dans notre droit actuel, devait, puisqu'on reconnais-

(1) Barthole, *Opera omnia*, édition de Lyon 1552, secunda pars super infortiato ad leg filius § divi f. de leg, 1, t. II, p. 30, n° 14; secunda pars super digesto novo ad l. si ita quis § ea lege, de verbis obligationibus, t. III, p. 61, n° 3; prima pars super codice in lib. III ea lege, de condict. ob caus. t. IV, p. 147.

(2) Guidonis Papœ, *decisiones* Lyon 1607, questio DLXIX, p. 965. 2.

sait sa validité, produire des effets permanents ; elle devait s'imposer à l'acquéreur aussi longtemps que devait durer l'existence de la communauté des corvéables. C'est évidemment là une application singulière du principe indiqué par Marcien. Cette défense d'aliéner, jointe au droit de retenir les corvées moyennant le paiement d'une somme d'argent, permettait aux corvéables de ne rendre les services personnels qu'au seigneur qui leur plaisait et de les racheter, dès que le nouveau titulaire du droit ne leur agréait pas.

Mais en règle générale, la prohibition d'aliéner étant écrite dans l'intérêt de l'aliénateur autre qu'une personne morale, sa portée ne dépasse pas la durée du droit réel que cet aliénateur a retenu sur la chose ; tout au plus la défense peut-elle produire des effets pendant toute la durée de la vie du stipulant.

La règle de Marcien est donnée par un arrêt du Parlement de Grenoble du 22 mai 1613 (1). Une hypothèque spéciale accompagnait une prohibition d'aliéner, à peine de nullité. L'arrêt décide que tous les contrats qui se font au préjudice de cette convention sont nuls.

De même, Cormis, avocat au Parlement de Provence, déclare valable la défense d'aliéner jusqu'à complet paiement du prix, écrite dans une vente accompagnée de précaire. Dans ce cas, dit-il, on applique la règle « nullam esse venditionem. » Le premier aliénateur peut donc revendiquer entre les mains des tiers la chose aliénée au mépris de la défense (2).

Par contre, à propos d'un arrêt du Parlement de Paris du

(1) Voir *Dictionnaire des arrêts ou jurisprudence universelle des Parlements de France* par Pierre Jacques Brillon, t. 1er, vo aliénation.

(2) François de Cormis, avocat consistorial au Parlement de Provence, *Recueil de consultations*, t. II, pages 1705 et 1800.

17 avril 1586 (1), il est indiqué très nettement qu'une promesse pure et simple de ne pas aliéner, faite par un acquéreur, n'a pas d'effet réel et ne permet pas de revendiquer contre ceux auxquels il aurait lui-même vendu.

Mais lorsque, comme dans l'espèce de l'arrêt, un fermier perpétuel avait stipulé du concédant, en même temps la non aliénation et le droit de racheter sa rente au prix auquel le droit du crédi-rentier aurait été vendu, le principe dérivé du droit romain, reçoit sa pleine application : la défense d'aliéner produit un effet réel lorsque l'aliénateur, au profit duquel elle est faite, a retenu un droit sur le bien qui en fait l'objet.

### § 3. — *Défense d'aliéner en faveur des tiers.*

La défense d'aliéner, écrite au profit des tiers, devait présenter de fréquents emplois dans notre ancien droit qui avait très favorablement accueilli et fortement sanctionné les substitutions fidéicommissaires.

La question se pose d'abord de savoir si la défense, d'aliéner ne peut produire d'effets que lorsqu'elle implique une véritable substitution. On pourrait le nier en invoquant une consultation donnée par Dumoulin (2), dans un procès relatif à l'interprétation du testament de François de Arinyo (3)

(1) Choppin, *Commentaires sur la Coutume d'Anjou*, livre III. ch. II, t. IV.

(2) Dumoulin, *Opera omnia*, édit. Paris 1681, t. II, p. 982 et seq. consilia duo analytica.

(3) François de Arinyo léguait ses biens à son enfant posthume, à condition qu'il fut mâle, sinon à ses descendants les plus proches. Il substituait son frère à son héritier immédiat pour le cas ou celui-ci mourrait sans enfant mâle. Enfin il défendait à son héritier d'aliéner les biens transmis sous peine de nullité et de substitution à son plus proche de sang, de nom et d'armes.

Le jurisconsulte soutient que les héritiers du substitué qui sont actuellement en possession des biens, ne sont pas eux-mêmes grevés de substitution, et cependant il les croit tenus de respecter la défense perpétuelle d'aliéner, contenue au testament d'Arinyo. Il semble donc bien que la défense d'aliéner a une efficacité propre, en particulier, si, comme le croit Dumoulin, on restreint la substitution à quatre degrés, et après que ses quatre degrés ont été remplis.

Cependant il faut reconnaître que la doctrine et la jurisprudence de l'époque semblent bien n'admettre la validité de la prohibition d'aliéner, écrite au profit des tiers, que si elle implique une substitution actuellement efficace.

Tout d'abord les Coutumes qui n'admettent pas la substitution fidéicommissaire n'accordent aucune validité à la défense d'aliéner. Il en en est ainsi d'après d'Argentré, de la coutume de Bretagne : « *Nulla testatoris prohibitione aut dominii translationem, aut prœscriptionem impediri posse* » (1). La validité de la prohibition d'aliéner est au contraire reconnue dans les coutumes qui admettent la substitution fidéicommissaire, c'est-à-dire sur presque toute l'étendue du territoire.

Chez Dumoulin lui-même, on trouve cette affirmation très répandue à son époque, que toute prohibition d'aliéner s'interprête en une substitution. Au cours de deux procès plaidés au XIX^e^ siècle à Tubingue et au Parlement de Dôle et issus d'un testament fait un siècle et demi auparavant par Jean de Montbéliard, Dumoulin écrivit plusieurs consultations (2).

(1) D'Argentré, *Coutume de Bretagne* sous l'art. 266 art. 431, 3° et t. II p. 228 in fine.

(2) Dumoulin, *Opera omnia* t. II consilia et responsa juris analytica p. 820 et seq : cons. IV ; cons. VI ; cons. VII, et p. 881 cons. XXVI.

Dans l'une (1), il essaie de distinguer la prohibition d'aliéner de la substitution, au point d'accorder à la première une existence et une efficacité indépendantes de la seconde ; mais dans d'autres consultations (2) il fait résulter la substitution de la défense d'aliéner.

C'est la solution que nous trouvons dans la jurisprudence et dans les ouvrages des auteurs plus récents. La prohibition d'aliéner est valable seulement quand elle est écrite au profit de quelqu'un et dans ce cas elle a la valeur d'un fidéicommis (3).

D'autre part, dès que la défense d'aliéner est dépourvue de l'indication des bénéficiaires déterminés ou indéterminés, elle ne contient plus de fidéicommis et ne produit par suite aucun effet. Ces décisions de la jurisprudence (4) sont ratifiées par les représentants de la doctrine les plus autorisés de leur époque, Ricard et Pothier (5).

Et quand la substitution était éteinte après le quatrième degré, on n'admit pas, comme avait tenté de le faire Dumoulin, que la prohibition d'aliéner put lui survivre.

(1) Cons. VI de l'année 1554, n° 2.

(2) Cons. VII du 15 décembre 1555. Il y est même dit (n° 38) que la prohibition d'aliéner accompagnée du vœu que que les biens resteraient dans la famille implique non pas un simple fidéicommis, mais un fidéicommis, perpétuel et graduel ; de même au Cons. XXVI de juin 1556 p. 881.

(3) Parlement de Paris, arrêt du 21 mars 1637, cité par Brillon *op. cit.* Grand Chambre du Parlement de Provence, 30 juin 1677, et 18 juin 1686 cités par H. de Boniface dans ses *Arrêts notables de la Cour du Parlement de Provence*, t. v., p. 263.

(4) Parlement de Paris, arrêts du 17 juillet 1711 et du 26 février 1715 dans Denisart dans sa *Collection de jurisprudence* t. III p. 139.

(5) Ricard, *Des substitutions directes et fideicommissaires* n° 329, Pothier F. VII *des substitutions fidéicommissaires* art III § 1 p. 584 et seq.

C'est la solution des commentateurs exacts des Novelles de Justinien (1).

C'est par application du rescrit d'Alexandre Sevère et de Caracalla rapporté par Ulpien (2), que la prohibition d'aliéner quand elle est valable est considérée comme un fidéicommis; mais dans la pratique du fidéicommis, l'ancien droit français ne s'en tient pas aux règles plutôt restrictives du véritable droit romain. L'inaliénabilité avait pu au début être imposée valablement à perpétuité. Il en était ainsi en effet de la substitution fidéicommissaire. Malgré les efforts des romanistes, la limitation à quatre degrés empruntée au droits des Novelles de Justinien ne fut pas admise par la pratique (3). Cette résistance de la pratique inspira la disposition de l'ordonnance de Moulins de 1566 qui restreint à quatre degrés, non compris la première institution, les substitutions perpétuelles faites avant l'ordonnance de 1561. Nous avons vu d'ailleurs Dumoulin à une date légèrement antérieure à celle des deux ordonnances (1559) admettre la restriction de la substitution à quatre générations de substitués, mais faire survivre la prohibition d'aliéner à la substitution disparue. C'était dans l'esprit de ce jurisconsulte moins l'application d'une théorie juridique qu'un expédient employé pour éluder la règle restrictive du droit romain.

L'ordonnance d'Orléans de 1561 avait disposé qu'à l'avenir les substitutions ne pourraient plus être faites que pour deux degrés après la première institution, mais elle fut mal exécutée, notamment dans les pays de droit écrit, tant

(1) Authentiques ou Novelles de Justinien annotées par Denys Godefroy, Novelle 159 tit. XLI collat. IX : note 11.

(2) Fr. 114 § 14 D. de leg. 1, liv. XXX.

(3) Viollet, *Précis de l'histoire du Droit privé*, p. 758, 1e édition.

était impérieux le désir de maintenir les biens dans les familles. Il ne s'agissait plus, comme dans la pensée de Justinien, d'accorder plus ou moins d'efficacité à la volonté du testateur qui, dans la conception romaine purement individualiste, ne pouvait indéfiniment paralyser le droit indépendant de ses successeurs ; il s'agissait, dans une organisation politique et sociale bien différentes, d'assurer pour un avenir éloigné l'existence et l'éclat des familles auxquelles étaient reconnus certains droits de souveraineté et certains devoirs de gouvernement ou de protection à l'égard des familles de rang inférieur.

En 1747, l'ordonnance de d'Aguesseau renouvela et fit respecter la limitation fixée par l'ordonnance d'Orléans et restreignit beaucoup le champ d'application de la substitution.

La loi des 25 août et 14 novembre 1792 l'abolit et la prohibition d'aliéner que l'ancien droit avait presque identifiée avec elle parut comprise dans la même proscription.

C'est ainsi que disparaissait la clause d'inaliénabilité, chassée peu à peu de notre droit, d'abord très anciennement par les admirateurs du droit romain, plus récemment et d'une manière plus rigoureuse par les économistes du XVIII[e] siècle et leurs disciples de la période révolutionnaire et du XIX[e] siècle, partisans de la libre concurrence sans limites, de la liberté absolue du travail et de l'aliénation des biens.

## CHAPITRE III

### Droit comparé

Dans les législations modernes que nous allons passer rapidement en revue, nous retrouverons certains caractères que nous avons rencontrés au cours de notre étude historique. Le droit musulman figé dans son immobilité d'ordre théocratique, nous présentera même à l'époque moderne une inaliénabilité fondée sur le droit religieux. Nous retrouverons l'inaliénabilité liée à la copropriété familiale dans le droit des Slaves du Monténegro et quelque peu dans le droit des peuples scandinaves, l'inaliénabilité dérivant du droit féodal dans la législation anglo-saxonne, la défense d'aliéner combinée avec les substitutions dans les pays de droit latin.

Accessoirement, nous indiquerons les obstacles apportés à la division et à l'aliénation des petits héritages par les institutions protectrices de la petite propriété en Allemagne et aux Etats-Unis. Enfin, nous constaterons que dans les codes récents, on s'est occupé de déterminer la validité et les effets de la défense d'aliéner considérée en elle-même. L'universalité de l'emploi de notre clause en attestera ainsi l'absolue nécessité.

#### Section Ire. — *Droit musulman*

Dans les pays régis par la loi de l'Islam, on appelle *habous* (1) les biens des corporations musulmanes. Les règles

(1) Les *habous* ou *ouakof*, ses règles et sa jurisprudence, par E. Mercier. — *Revue algérienne, tunisienne et coloniale*, année 1895, p. 178.

juridiques constitutives du *habou* sont dérogatoires aux principes du Koran.

Son but primitif était de réaliser des fondations à perpétuité, et c'est encore un acte de bienfaisance religieuse fait à perpétuité. Sa principale utilité était de soustraire les biens aux confiscations fréquentes et arbitraires des souverains absolus.

Le constituant du *habou* fait une donation au profit des pauvres ou des corporations religieuses musulmanes, au profit de la Mecque, de Médine ou de Dieu même, qui « est le meilleur héritier ». La chose *habousée* est alors immobilisée et suit le régime que lui impose le constituant. Elle reste sa propriété et celle de ses héritiers mais demeure le plus souvent absolument inaliénable. Dans le rite hamé-fite, le fondateur du *habou* peut toutefois stipuler qu'il sera possible d'échanger la chose ou même de l'aliéner à charge de remploi. Le *habou* est par sa nature indivisible.

L'innovation aux règles des *habous* a été faite dans le but de favoriser ces constitutions d'inaliénabilité. Abou Youssof a permis de retarder la libéralité en interposant entre le donateur et les corporations religieuses, des bénéficiaires intermédiaires. Le donateur peut donc constituer un bien *habou* à son profit d'abord sa vie durant, pour être dévolu ensuite aux catégories de bénéficiaires qu'il lui plairait de désigner, à la condition qu'après l'extinction de tous ces intermédiaires le *habou* écherrait enfin à ses destinataires nécessaires. Dès lors, la fondation ne devient plus qu'un prétexte à établir l'inaliénabilité et à éluder les règles du Koran et de la législation musulmane. Contrairement aux principes légaux, un donateur peut priver ses héritiers de leur portion fixe, faire une donation sans se dessaisir de ce qui la constitue ; établir des catégories entre les héri-

tiers avantagés ; léguer plus du tiers disponible et attribuer des legs à ses héritiers.

C'est que le habou échappe complètement au droit commun et le juge, statuant sur des contestations qui surviendraient même entre bénéficiaires intermédiaires doit appliquer exclusivement la règle constitutive du habou.

Le habou ressemble à la substitution en ce qu'il confère au disposant le droit de disposer de ses biens à l'infini ; mais il en diffère à plusieurs points de vue : non seulement en ce que la destination finale de la chose est rigoureusement déterminée par la loi, mais aussi en ce que le pouvoir du législateur se borne à disposer de l'usufruit. La propriété passe à ses héritiers, selon les règles du droit commun, mais affectée d'un caractère qui nous intéresse, elle est inaliénable. Dépouillée des innovations postérieures, cette institution se présente à son origine comme une défense d'aliéner, motivée par l'affectation des biens inaliénables à une œuvre charitable. C'est la défense d'aliéner des biens affectés à une œuvre perpétuelle et immuable ; mais à la différence des fondations, l'immobilisation de la chose est antérieure à son affectation.

La conquête française a modifié la situation des *habous* en Algérie (1).

Dès la prise d'Alger, un arrêté du 8 septembre 1830 réunissait au domaine de l'Etat les propriétés appartenant à la Mecque et à Médine. Le 7 décembre de la même année on généralisait cette disposition pour l'étendre à tout établissement quel qu'il fût. Ce dernier arrêté et un arrêté postérieur des 23 mars-11 avril 1843 décidaient que ces immeubles affectés aux corporations, mosquées et autres établis-

(1) *Revue algérienne et tunisienne*, 1900, p. 105. — *Les habous en Algérie. Effets de l'aliénation et de l'hypothèque*, par M. Eyssautier.

sements pieux seraient désormais régis, loués et affermés par l'administration des domaines. Cette administration en touche les revenus, à charge par elle d'acquitter les dépenses de ces établissements (1).

La situation du habou en droit privé a été réglée par l'ordonnance du 1er octobre 1844. « Aucun acte translatif de propriété d'immeuble consenti par un indigène au profit d'un européen, précise l'article 3 de cette ordonnance, ne pourra être attaqué par le motif que l'immeuble était inaliénable, aux termes de la loi musulmane » (2).

Il y a transmissibilité immédiate si la vente est faite par le propriétaire, prescriptibilité si elle émane d'un non propriétaire. C'est la doctrine de la Cour de cassation et celle qu'a acceptée la Cour d'Alger, sauf quelques dissidences passagères (3).

## Section II. — *Droit slave*

I. — Dans la principauté de Monténégro l'organisation de la famille est très forte et la propriété est encore quasi-familiale.

Le Code général des biens de 1888 (4) oblige tout vendeur d'immeubles à offrir l'immeuble d'abord aux membres de sa phratrie jusqu'à la sixième parentèle inclusivement,

(1) P. de Menerville, *Dictionnaire de la législation algérienne*, 1er vol. vo domaine, § 2, p. 289-290.

(2) Léon Charpentier, *Analyse du cours de législation algérienne*, Alger, 1885, p. 109.

(3) Voir à ce sujet arr. 4 décembre 1889 *Revue algérienne* 1900, p. 2, 118.

(4) *Code général des biens pour la principauté de Monténegro* de 1888, traduction Rivière et Dareste, art. 48 et suiv.

ensuite aux propriétaires limitrophes, puis aux habitants du village, enfin aux autres membres de la tribu.

La communauté de famille existe encore (1) et constitue une personne morale qui possède un patrimoine. Tant que la communauté subsiste, aucun membre de la communauté ne peut vendre ni aliéner sa part des biens communs.

Dans un état où l'inaliénabilité est à peu près le droit commun, la défense d'aliéner telle que nous la concevons, ne saurait évidemment trouver place.

II. — En Russie (2) ce n'est pas seulement par la loi que peut être limité le droit de disposer de sa chose, mais aussi par une décision judiciaire et par une clause testamentaire ou conventionnelle.

Pour que l'interdiction testamentaire soit efficace, il faut que la personne au profit de qui elle a été faite soit déterminée avec précision. En ce cas, elle peut revendiquer la chose induement aliénée contre tout tiers détenteur.

L'interdiction d'aliéner conventionnelle exige des conditions plus rigoureuses et a des effets moins énergiques. Il faut, pour l'établir, qu'elle présente un intérêt certain pour celui au profit de qui elle a été faite. L'inobservation de la clause ne confère pas à la partie lésée le droit de poursuivre la chose entre les mains des tiers, mais seulement de demander des dommages-intérêts à l'autre partie.

Qu'elle que soit l'origine de l'interdiction d'aliéner judiciaire, conventionnelle ou testamentaire, cette défense n'est opposable aux tiers que si elle a été inscrite sur des registres spéciaux (C. B. 953-954).

Cette institution dans le droit russe est l'équivalent de

(1) Art. 686 et suiv.

(2) *Eléments du Droit civil russe*, par Ernest Lehr, p. 285.

nos défenses d'aliéner. La défense conventionnelle ne produit qu'un effet personnel. La défense testamentaire donne lieu à une action réelle.

C'est, par une similitude inattendue avec le droit romain, un rapprochement des effets du testament des effets de la loi.

A côté de ces biens dont l'aliénation est prohibée on trouve en Russie les biens interdits proprement dits *(Zapoviedneica imienya)* analogues aux biens compris dans un majorat ou dans une substitution fidéicommissaire. Ces biens sont inaliénables d'après l'acte même qui les constitue, concession de l'empereur ou statut de famille confirmé par le gouvernement.

Ces biens sont la propriété non pas du détenteur actuel, mais de tous ceux de ses descendants nés et à naître appelés par l'acte constitutif. Ce ne sont plus des prohibitions d'aliéner mais de véritables substitutions compliquées d'une sorte de co-propriété familiale.

### Section III. — *Droit scandinave*

Dans le droit suédois le morcellement de la propriété est évité et en conséquence la faculté d'aliéner est restreinte (1).

Les co-propriétaires et les voisins jouissent du droit de retrait en cas d'aliénation du fonds indivis ou voisin; mais ce n'est pas là une défense d'aliéner.

Nous verrions, au contraire, une demi défense d'aliéner dans le maintien possible de l'indivision. Par un acte revêtu

(1) Voir les *Codes suédois de 1734 et lois postérieures*, par R. de la Grasserie, titre de la propriété foncière, chap. VII-1 et titre des successions, chap, XI-1.

de la signature de deux témoins le maintien de l'indivision peut être convenu. C'est sinon défendre l'aliénation du moins la paralyser souvent en fait.

En Norwège le but de la législation est également d'empêcher le morcellement des biens fonciers (1). A la mort d'un propriétaire, son domaine est exactement évalué et l'achat en est offert à tous les fils successivement d'après l'âge de chacun d'eux.

Si tous refusent de l'acheter, ce bien est vendu en bloc au meilleur prix possible et ce prix est réparti par égales parts entre les héritiers.

Ici encore, à défaut de défense d'aliéner, on trouve le souci de la conservation des biens dans la famille, concilié avec le principe du partage égal de la succession.

Cependant il existe en Norwège une loi de substitution appelée *odel*. Toute terre possédée pendant 20 ans par le même propriétaire devient *odel* et, si elle est vendue, l'acquéreur est soumis à la condition de la restituer à celui des héritiers qui peut, dans le cours des trois années, la lui racheter, moyennant le remboursement du prix d'achat. A l'expiration des trois années cette terre devient libre. On pourrait comparer cette institution à une promesse unilatérale de vente qui serait légale et valable pour trois ans.

Or, nous verrons plus tard les analogies que présentent la défense d'aliéner et la promesse unilatérale de vente.

(1) Rapport de M. Cowe, consul général, dans l'enquête britannique sur la condition des ouvriers en 1871. — *Réforme britannique* de décembre 1871.

## Section IV. — *Droit anglo-saxon*

### § 1er. — *Royaume-Uni.*

L'organisation de la propriété foncière est encore toute féodale dans le Royaume-Uni ; et, nous avons déjà constaté que sous le régime féodal l'inaliénabilité est à peu près de droit commun. Une défense conventionnelle d'aliéner peut donc paraître superflue ; mais de même que nous en avons relevé la trace dans le vieux droit de Normandie, peut être le droit anglais laisse-t-il place à la défense d'aliéner.

En droit anglais le possesseur de terres est réputé n'avoir jamais qu'un droit dérivé, un fief mouvant soit directement de la couronne, soit d'un suzerain immédiat.

Ces fiefs sont de diverses sortes : entre autres, on trouve le fief subtitué ou *estate tail* ou *estate in fee tail* (feodum talliatum, fief taillé ou mutilé). C'est un domaine donné à une personne et à ses descendants, de sorte qu'il soit dévolu successivement du premier titulaire à ses enfants, petits enfants et descendants légitimes à l'infini sans pouvoir passer de son chef à l'un de ses ascendants ou collatéraux. A défaut des héritiers prévus, le donateur ou ses ayants cause ont droit à la reprise du fief.

L'aliénation du fief substitué n'est permise que depuis 1833 et avec l'accomplissement de certaines formalités.

Cette défense d'aliéner ne nous intéresserait pas d'ailleurs car elle est simplement destinée à assurer la substitution que constitue l'*estate tail.*

Cependant il y a un autre mode de propriété exempt de toute substitution et muni de défense d'aliéner. C'est le tènement viager (1). Ce serait une erreur de confondre

(1) Voir *Éléments de Droit civil anglais* par Ernest Lehr, p. 180 et suiv.

cette institution avec notre droit d'usufruit. Le tènement viager constitué par un donataire n'est pas un simple démembrement de la propriété; c'est la pleine propriété de la chose à titre temporaire. Cette libéralité était faite avec défense d'aliéner. La loi du 10 août 1882 (St 45 et 46, Vict. C. 38) a adouci la rigueur de cette disposition, sans l'effacer complètement. Le tenant à vie a de plein droit, sauf en certains cas avec le consentement des *trustees* et de la Cour de Chancellerie, la faculté d'aliéner tout ou partie des biens sous la condition que le prix servirait à acquitter les charges dont ils étaient grevés, soit à un emploi immobilier.

Cette défense d'aliéner qu'un donateur peut stipuler en Angleterre, diffère de celle que nous étudions en ce qu'elle use du concours de la loi qui fixe sa portée et restreint son exercice à un mode de donation; mais elle réalise pleinement le but que nous chercherons à atteindre: établir une défense d'aliéner dans l'intérêt même du bénéficiaire.

### § 2. — *Etats-Unis d'Amérique.*

Les Etats-Unis ont conservé dans leur ensemble les principes du droit commun anglais. Dès la proclamation de l'indépendance, l'Union américaine introduisit dans sa législation les principes nouveaux de liberté de tester et de suppression du droit de primogéniture; mais la forme anglaise de la propriété n'a pas été altérée. Nous retrouvons dans le droit américain la propriété viagère qui peut être constituée par un acte spécial ou par testament ou par un effet de la loi en faveur d'une personne et pour la durée de sa vie. De même que dans la législation britannique ce droit bien que temporaire, confère la propriété de la chose. Entre le *life estate* américain et notre usufruit d'origine

romaine, il y a des différences autres que celles du nom. Nous n'avons à signaler que la particularité la plus intéressante pour notre étude : tandis que l'usufruit en France est cessible, la propriété viagère aux Etats-Unis ne peut être aliénée.

Cette institution d'origine ancienne a pu servir d'indication et d'acheminement à l'institution moderne du homestead, institution différente a bien des points de vue, mais présentant comme le *life estate* un droit de propriété limité dans ses attributs (1).

« Le régime féodal, a dit un magistrat américain (2), voulait surtout encourager et récompenser le serf toujours prêt à prendre les armes et à marcher pour son seigneur et roi contre ses ennemis ; la République s'est surtout proposé de protéger le travailleur dans la lutte pacifique du travail et d'assurer à sa famille un abri contre les coups de l'adversité ».

M. Bureau remarque que « les lois sur le homestead aux Etats-Unis n'ont jamais eu pour but et pour effet, comme le pensent ses partisans européens de soustraire à la saisie ceux qui sont insolvables d'une manière permanente et habituelle, mais seulement ceux qui le sont d'une manière transitoire (3).

Quoi qu'il en soit de l'origine et de l'étendue de cette mesure de protection, il est incontestable qu'elle a eu aux Etats-Unis un étonnant développement.

C'est au Texas qu'elle prit naissance.

En 1839, une loi accordait le privilège d'exemption de

(1) Vacher, *Le Homestead aux Etats-Unis*, p. 7.

(2) M. Dick, juge d'une cour de district, *affaire Vogler Thomson*, p. 11, cité par Vacher, *op. cit.*, p. 100-

(3) Bureau, *Le homestead*.

saisie, à tout citoyen, chef de famille résidant sur le territoire de la République texienne.

Ce privilège a été adopté successivement par tous les états de l'Union américaine, à l'exception de quatre (1).

Presque tous les états accordent le homestead aux seuls chefs de famille, aux étrangers, aussi bien qu'aux citoyens de l'Union, pourvu qu'ils possèdent le bien exempt de saisie.

Dans quelques états il n'existe aucune limite pour l'étendue du homestead urbain, rural ou mixte ; dans la plupart, cependant, on fixe une limite à ce privilège, et dans la majorité des états, la limite est déterminée, non en étendue, mais en valeur : la valeur maxima varie de 500 à 5000 dollars.

Les modes de constitution du homestead sont très variés : suivant certaines législations aucune formalité n'est requise, la condition de résidence suffit. Certains états exigent une déclaration, d'autres comme l'état de New-York demandent avec cette déclaration une note descriptive des lieux. Le code d'Iovva a ajouté à l'obligation de l'enregistrement de la déclaration, celle de la délimitation du homestead sur place.

Le privilège du homestead rend le bien qui en est frappé insaisissable, sauf pour certaines créances privilégiées.

Par une dérogation au droit commun des Etats-Unis, le homestead est nécessairement transmis à la veuve et aux enfants du titulaire. Il conserve son caractère jusqu'à ce que

(1) A l'imitation des Etats-Unis, le homestead a été introduit dans plusieurs colonies anglaises : au Canada, dans l'Australie et dans la Nouvelle-Zélande. Ce homestead est facultatif ; il peut être établi sur les terres publiques concédées aux immigrants. — Vacher, *op. cit.* p. 245 à 248.

le plus jeune des enfants ait atteint sa majorité, et jusqu'à la mort ou au mariage de la veuve.

Les statuts des Etats reconnaissent au propriétaire le droit d'aliéner le homestead avec le consentement de sa femme ; mais la nécessité de cette autorisation indique bien l'inaliénabilité partielle que le titulaire du homestead s'est imposée par manifestation unilatérale de volonté.

Le droit d'aliéner est encore paralysé au moins dans certains états, par l'impossibilité d'hypothéquer le homestead. C'est ainsi que la constitution de la Louisiane, ratifiée en 1879, déclare que le homestead n'est susceptible d'hypothèque que pour certaines créances privilégiées (1).

Le homestead prend fin par la renonciation de son titulaire, aux termes de certaines législations ; d'une manière plus générale, il disparaît par l'abandon, par la vente, par l'acquisition d'un nouveau homestead ou par l'extinction du groupe familial.

Il faut distinguer le droit d'exemption dont tout particulier peut se réserver le privilège sur son *home*, de la clause du homestead fédéral insérée dans les concessions de terres publiques.

Cette institution est régie par une loi générale à tous les états de l'Union américaine qui, malgré l'opposition du Sénat et le *veto* du Président, fut adoptée le 20 mai 1862 (2).

Aux termes de cette loi, complétée et corrigée par quelques dispositions postérieures, le requérant qui doit satisfaire à certaines conditions d'âge ou de famille, s'engage à résider cinq ans sur la terre dont il sollicite la concession, et à l'exploiter à son profit personnel. A la fin de la cin-

(1) Vacher, *op. cit.* p. 177.

(2) V. Vacher, *op. cit.* p. 60 à 95.

quième année, il reçoit un titre définitif de propriété. Le sol ainsi concédé peut être hypothéqué et vendu ; mais il ne peut être saisi pour le paiement de dettes antérieures à la délivrance du titre de propriété.

Ce homestead imposé par la loi et non pas constitué librement par une convention ou un acte du droit privé, s'écarte évidemment du sujet de notre étude.

## Section V. — *Droits des pays latins*

### § 1er. — *Codes espagnol et portugais.*

Les législations espagnole et portugaise réalisent l'assimilation complète de la défense d'aliéner à la substitution.

Le code civil portugais, hostile aux fidéicommis, répute fidéicommissaires, et interdit comme telles les dispositions portant interdiction d'aliéner (1).

Le Code civil espagnol admet les substitutions mais les limite au second degré. Il impose le même terme aux dispositions qui contiennent une défense d'aliéner (2).

On ne saurait voir dans ces mesures rigoureuses autre chose que la continuation et la consécration légale de la confusion commise dans l'ancien droit.

Assimilée aux fidéicommis quand celui-ci était vu avec faveur, en dépit du froissement des principes juridiques, la défense d'aliéner a partagé sa disgrâce. En Portugal, la proscription de la défense d'aliéner a été proclamée expressement. En Espagne, le développement de ce principe est étouffé par sa confusion avec la substitution.

(1) Code civil portugais traduction Lepelletier, art. 1871, 1°.

(2) Code civil espagnol traduct. A. Levé, art. 785, 2°.

§ 2. — *Code italien.*

Nous retrouvons la même confusion dans le Code civil italien (1). Le Législateur italien prohibe les substitutions (art. 899), tout en admettant que la substitution ne préjudicie pas à la validité de l'institution principale (art. 900).

Il appelle substitution « toute disposition par laquelle l'héritier ou le légataire est grevé au moyen d'une expression quelconque de l'obligation de conserver et de rendre à une tierce personne (art. 899). »

Cette définition plus restrictive et plus nette que la rédaction du Code civil français doit toutefois donner lieu aux mêmes controverses.

D'ailleurs le Code italien ne contient aucune disposition spéciale à la défense d'aliéner et ce n'est pas sans débats qu'il a admis et fixé à une durée maxima de 5 ans le pacte de rachat conventionnel dont nous constaterons certaines analogies avec la prohibition d'aliéner.

Cependant, à l'exemple des législations américaines, on a éprouvé en Italie le besoin de la restauration des fidéicommis au profit des petits domaines ruraux.

A la suite de la révolte des *fasci italiani* de Sicile en 1893 qui ne tendaient à rien moins qu'à l'expropriation et au partage des *latifundia*, de bons esprits pensèrent que le plus sûr moyen de garantir le pays de la révolution était de préserver les paysans de la saisie et de la ruine. Ainsi était motivée la proposition de M. Benjamin Pandolfi qui, prise en considération et acceptée dans son ensemble par le

(1) Code civil italien, promulgué le 25 juin 1865, mis en vigueur le 1er janvier 1866, traduit, annoté et précédé d'une introduction par H. Prudhomme, Paris, 1896.

bureau de la Chambre italienne le 10 mars 1894, ne passa cependant pas dans les lois du Royaume (1).

Convaincu que la forte constitution de la famille était indispensable à la grandeur de la nation, à l'ordre politique et à l'inviolabilité de la propriété, M. Pandolfi proposait l acceptation par le législateur du fidéicommis de famille sous le nom de *masseria*.

Aux termes de ce projet, tout fonds rural duquel une famille pouvait avec son propre travail tirer le rendement nécessaire à son existence et sur lequel elle établissait sa résidence pouvait être constitué en *masseria*. Si la terre était insuffisante, la *masseria* était completée par un fonds de réserve en rente sur l'Etat, jusqu'à concurrence d'une valeur totale de 2.000 fr. au maximum.

La *masseria* était propriété familiale, indivisible. Le père ou la mère ne disposait que du droit de désigner son futur chef. En l'absence de désignation, on consultait le conseil de famille ou le tribunal. Inaliénable en principe, le bien de famille ne pouvait être morcelé que par un célibataire ou un veuf sans enfants. Tout titulaire marié ayant des enfants ne pouvait le morceler qu'à charge de remploi et avec l'autorisation du tribunal. La *masseria* n'était susceptible d'être grevée d'hypothèques que pour des dettes de famille. Enfin, l'auteur de la proposition admettait pour le perfectionnement de la culture, la *masseria* coopérative, constituée par un groupe de deux ou de plusieurs *masserie* limitrophes

### § 3. — *Code civil du Bas-Canada.*

La législation du Bas-Canada est encore basée sur les

(1) V. *Réforme sociale du 1er nov. 1894.* L'institution des biens de famille en Italie, par le prof. Santangelo Spoto.

principes de notre ancien droit français (1). Un parallèle entre ces deux législations ne saurait manquer d'intérêt, on pourrait y voir, sinon l'indication des défauts de notre ancienne jurisprudence, du moins le tableau des résultats auxquels le développement de notre ancien droit devait aboutir. En tenant compte de certains éléments politiques ou économiques nouveaux, dus à la fusion relative d'une race étrangère, le droit canadien doit être ce qu'aurait été de nos jours le droit français s'il avait suivi sans révolution brusque son développement normal.

La prohibition d'aliéner si elle contient une désignation suffisante de la personne en faveur de qui elle est faite, emporte fidéicommis individuel, d'agnation ou de famille. Si le bénéficiaire de la prohibition n'est pas indiqué assez clairement, la clause se réduit à un simple conseil. Telle était l'opinion dominante de la jurisprudence française à la veille de la Révolution. Si la défense d'aliéner n'impliquait pas essentiellement une substitution, son efficacité était subordonnée à son effet substitutoire.

Dans le droit canadien, la prohibition d'aliéner recouvre son individualité.

La prohibition d'aliéner contenue dans un acte juridique, peut en certains cas se rattacher à une substitution et même en constituer une ; elle peut aussi être faite pour des motifs autres que celui de substituer (2). Les trois fonctions de la défense d'aliéner sont indiquées dans ce texte : substitution

(1) *Traité des substitutions fideicommissaires* avec notes sur l'ordonnance de 1747, par Thévenot d'Essaule de Savigny, contenant aussi en note les articles du Code civil du Bas-Canada sur les matières et un résumé, des décisions des Tribunaux de la Province sur le sujet ; préparé par M. Mathieu, juge de la Cour Supérieure de Montréal, 1888.

(2) Art. 968 du Code civil du Bas-Canada.

proprement dite, clause destinée à favoriser la substitution, clause indépendante de toute substitution.

En ces derniers cas, la défense d'aliéner peut servir les intérêts dont notre jurisprudence actuelle a apprécié la valeur: elle peut avoir pour cause ou considération l'intérêt soit du disposant, soit de celui qui reçoit ou encore celui des appelés à la substitution ou des tiers (1). Si le motif de la prohibition d'aliéner ne se trouve pas indiqué, cette prohibition ne laisse pas que d'être efficace; et si elle ne prévoit comme sanction ni la nullité de l'aliénation, ni une clause pénale, la volonté du disposant suffit pour lui donner effet, à moins que les expressions ne se bornent évidemment à un simple conseil (2).

La défense d'aliéner peut résulter d'un acte entre vifs et d'un acte pour cause de mort; d'un acte à titre gratuit et d'un acte à titre onéreux; cependant une disposition spéciale vise l'acte à titre onéreux, déclarant nulle la prohibition d'aliéner la chose vendue ou cédée à titre purement onéreux (3). La portée de cette exclusion nous parait assez considérable : à s'en rapporter au langage juridique français, on ne pourrait défendre d'aliéner que les objets légués ou donnés entre vifs ou par contrat de mariage; les biens donnés par contrat de mariage constituant seuls des actes mixtes, c'est-à-dire qui ne soient pas à titre exclusivement onéreux.

Nous n'interprèterions pas avec cette rigueur la disposition du droit canadien qui par ses termes mêmes, prévoit implicitement une cession et une vente qui ne seraient pas à titre purement onéreux.

(1) Art. 969 du Code civil du Bas-Canada.

(2) *id*. art. 971.

(3) *id*, art. 970,

Il est plus vraisemblable qu'elle annule comme entâchée de lésion la défense d'aliéner qui dans un acte à titre onéreux ne correspondrait pas à une diminution de prix. Cette limitation de la défense d'aliéner, si elle n'est pas autre chose que la constatation du moindre effet de notre clause dans les actes à titre onéreux, indiquerait l'intention chez le législateur d'empêcher le développement excessif des atteintes arbitraires à la liberté de disposer.

Ce texte n'est certainement pas dû à la nature particulière du droit créé par la clause prohibitive d'aliéner : ce droit dans la législation canadienne n'est pas une indisponibilité ou une incapacité dont on frappe une personne par testament comme le ferait une loi, c'est plutôt une obligation: Nous en trouvons la preuve dans l'article 968 du Code civil qui, envisageant le cas d'une donation entre vifs, dispose que l'engagement de ne pas aliéner pris par le donataire a les mêmes effets que la prohibition. C'est dire que ces effets sont ceux d'une convention.

Quant aux actes prohibés par notre clause, ce sont, suivant la volonté du disposant, les actes entre vifs ou les actes pour cause de mort ou bien les uns et les autres. Les expressions employées par le disposant, le but qu'il poursuit indiqueront les actes qu'il prohibe. En l'absence de limitation, la prohibition d'aliéner s'étendra à toutes sortes d'actes (1).

Le Code civil canadien prévoit aussi les prohibitions d'aliéner hors de la famille, que ce soit la famille du disposant, du gratifié ou d'un tiers et dispose que, si la gradualité n'a pas été expressément stipulée, les successeurs du gratifié ne seront pas assujettis à la prohibition (2).

(1) Art. 975.

(2) Voir sur la prohibition d'aliéner hors de la famille les art. 977, 978, 979 et 980.

Enfin il établit l'obligation de faire enregistrer les défenses d'aliéner non accompagnées de substitution comme les substitutions elles-mêmes (1).

## Section VI. — *Droit allemand*

1. — Soumis au régime féodal jusqu'à une époque récente. le bien du paysan allemand (*hof, langut*, etc.) était grevé de charges qui le rendaient inaliénable et indivisible.

Lors de l'abolition du régime féodal, les petits propriétaires ont voulu conserver l'intégrité de leurs domaines et c'est non pas l'action législative, mais l'action des populations intéressées qui s'est manifestée la première, pour empêcher le morcellement excessif de la propriété foncière (2).

C'est ainsi que dans divers états de l'Empire allemand se sont pérpétuées certaines institutions, traditionnelles par leur principe, mais adaptées dans leurs effets aux besoins contemporains. Dans le Hanovre, par exemple, le paysan peut faire inscrire son bien sur un registre foncier (höferolle). Il conserve après cette inscription, la libre disposition de son bien, mais au partage de la succession, le *hof* est estimé et l'enfant, héritier exclusif, verse une partie de l'estimation due à la masse héréditaire.

La loi prussienne du 30 avril 1882 donnait également au propriétaire la faculté d'éviter le partage de son bien en le rendant *landgut* par une inscription sur le *landgütterole* (3)

(1) Art 981.

(2) *Annuaire de la législation étrangère*, année 1875, p. 156.

(3) *Annuaire de législation étrangère*, année 1883, p. 373.

et ces dispositions ont été étendues à la Westphalie par la loi du 30 avril 1882 (1).

Enfin, la loi du 8 juin 1896 réglait la situation de l'*Anerbengut* et disposait au profit de cette propriété foncière, non plus une défense de partager, mais une véritable défense d'aliéner partielle :

Le propriétaire d'un *Anerbengut* ne peut, sans l'autorisation de la Commission générale, partager son bien, soit par acte entre vifs, soit par disposition à cause de mort, ni en aliéner une partie.

L'autorisation est également requise pour faire une aliénation entre vifs de la totalité de l'immeuble à une personne autre que sa femme, l'un de ses descendants, l'un de ses frères et sœurs ou descendants d'eux (2).

Cette prohibition d'aliéner est même revêtue de sanction ; et, si l'*Anerbengut* est aliéné à un étranger dans le délai de vingt ans à partir de l'ouverture de la succession, l'aliénateur doit verser à la masse héréditaire le montant de son préciput.

Ainsi, la législation allemande est très variée en matière de droit de succession rural. Elle connait trois types de biens ruraux soustraits au partage. En premier lieu, il y a des domaines ruraux qui ne passent jamais qu'à un seul héritier ; celui-ci n'est tenu à aucune indemnité envers ses cohéritiers, ou ne leur doit que la valeur des bâtiments et des meubles. D'autres domaines sont soumis au droit de l'héritier principal (*Anerbenrecht*) ; ce droit frappe certains biens *ipso jure* et d'autres moyennant inscription dans un

(1) *Ibid* année 1884, p. 175. Par une loi impériale de 1889, l'Autriche a établi un système analogue pour le partage des domaines ruraux de moyenne étendue.

(2) *Annuaire de législation étrangère*, année 1896, p. 181, article de M. Jobbé Duval.

registre public. L'héritier principal peut exiger que le domaine lui soit attribué sans partage, mais il doit en répartir la valeur entre ses cohéritiers, sous déduction d'une remise ou sur la base d'une taxe modique. Enfin, il existe des domaines ruraux, non susceptibles de partage, mais qui ne sont soumis ni au régime légal de l'héritier unique, ni au droit du principal héritier.

Lors de la rédaction du nouveau Code civil, des tentatives furent faites pour unifier la législation ; mais en présence de la diversité des besoins qui se manifestent dans les différentes parties de l'Empire, le Code civil dut faire abstraction des règles uniformes pour abandonner aux Etats de l'Empire le soin de légiférer en la matière.

Pour les mêmes raisons, le Reichstag allemand repoussa, en 1891, à la suite d'une enquête auprès des associations agricoles, un projet de loi générale sur le homestead. Aux termes de cette proposition, tout citoyen de l'Empire, âgé de vingt-quatre ans, pouvait se constituer un bien de famille (heimstat), bien rural, de moyenne grandeur, destiné à rester dans sa famille sans pouvoir être engagé ni saisi. Il n'était aliénable qu'avec le consentement du conjoint, si le propriétaire était marié. A la mort de celui-ci, il devait sans partage, être attribué à l'un des enfants.

II. — Cependant, le nouveau Code civil s'efforce par ses dispositions de favoriser le développement de la propriété et la conservation des biens dans les familles pauvres. Il réalise ce but au moyen d'une institution voisine de la défense d'aliéner, le droit de préemption.

Alors que le Code civil allemand était encore à l'état de projet, on faisait valoir (1) l'avantage de l'aliénation des

(1) Lehr, *Projet du Code civil allemand*, p. 223.

terres par l'Etat et les grands propriétaires fonciers au profit des petits propriétaires. On remarquait que le vendeur avait intérêt à se réserver un certain droit sur les aliénations ultérieures, ne serait-ce que pour maintenir sur le sol des travailleurs sédentaires, prêts à mettre à la disposition des gros propriétaires l'excédent de leurs forces. Cet intérêt méritait d'être pris en considération, puisqu'il servait à la constitution des petits domaines ruraux.

A côté du but économique, apparaît aussi le but moral et social : lorsqu'un bien était attribué à l'un des membres d'une famille dans la pensée qu'il resterait entre ses mains la base du bien-être de cette famille, ne fallait-il pas protéger celle-ci contre les velléités inconsidérées d'aliénation du possesseur ? C'était assurer le respect de la volonté du disposant dans sa manifestation la plus prévoyante.

Le droit de préemption parut propre à favoriser la constitution, le développement et l'intégrité du petit domaine familial et, après l'adoption du Code civil, nous retrouvons mentionnées les raisons qui avaient motivé cette disposition (1).

Ce droit de préemption peut être constitué en faveur d'une personne déterminée ou du propriétaire d'un fonds déterminé. Par son exercice, l'ayant droit se met aux lieu et place de l'acquéreur. Les cas de vente qui lui donnent ouverture sont prévus par l'acte de constitution (art. 1097 du *Burgerliches Gesetzbuch*), mais la vente doit être volontaire. La préemption peut être exercée dans le délai de deux mois, à compter de la vente..

III. — Le Code allemand de 1900 qui accueille si libéralement le droit de préemption et qui le rend même oppo-

(1) *Le Code civil allemand et le Code civil français comparés entre eux*, par E. Barre, traduction de J. Hartmann, p. 75, § 55.

sable aux tiers est moins favorable à la défense d'aliéner.

Cependant, la législation germanique ne l'ignorait point(1). En droit autrichien et en droit saxon, l'interdiction conventionnelle d'aliéner entraîne nullité de l'aliénation indûment consentie, tout au moins quand elle intervient sous forme de condition résolutoire (C. saxon a. 223). Le propriétaire prussien pouvait par cet acte de sa volonté placer une chose hors du commerce et sa décision était opposable aux tiers après inscription sur le registre foncier (Landr. pruss. 1, 4 §§ 14-19).

D'une efficacité moins complète, la défense testamentaire d'aliéner n'était pas non plus sans effet : le Code saxon la sanctionnait quand elle avait pour objet de garantir un avantage légalement conféré par le testateur à un tiers (code saxon, art. 223). En Prusse, on l'interprétait comme une prescription pour la famille de l'héritier ou du légataire de ne pas se dessaisir de la chose dont l'aliénation était prohibée (Landr. pruss. 1, 12 § 534).

Le nouveau Code civil impérial s'occupe de la validité et des effets de la défense d'aliéner dans son article 137, et, dans cet article, il distingue les deux conceptions bien différentes que l'on peut se faire de cette clause. Les parties entendent-elles priver le propriétaire de la faculté d'aliéner, de telle sorte que les aliénations qu'il tentera d'accomplir soient nulles même à l'égard des tiers au profit desquels elles seront intervenues, la clause d'inaliénabilité ainsi comprise ne produira pas l'effet désiré par les parties. Les contractants ont-ils simplement voulu faire naître à la charge du propriétaire une obligation de ne pas faire, qu'il pourra valablement enfreindre en aliénant, mais qui se résoudra

(1) E. Lehr. *Traité élémentaire de Droit civil germanique*, p. 220.

en dommages-intérêts, cette défense d'aliéner sera pleinement valable.

Telle est bien la doctrine contenue dans l'article 137 : « La faculté de disposer d'un droit aliénable, ne peut être enlevée ni restreinte par acte juridique, L'efficacité d'une obligation de ne pas disposer de pareil droit n'est pas atteinte par cette disposition. » (1)

## Section VII. — *Droit suisse*

Dans la confédération helvétique comme dans l'Empire allemand, le droit s'achemine vers une unité relative.

Le 12 novembre 1900, était publié un projet de Code civil dressé par des commissions successives d'experts qui en 1896 en 1899 et en 1900 en avaient arrêté par des avant-projets les diverses parties (2).

M. le professeur Eugène Huber, l'un des principaux inspirateurs de ces dispositions législatives les a présentées, précédées d'un vaste exposé des motifs à une commission réunie en octobre 1901 par les soins de l'autorité fédérale (3).

Repoussant pour les successions légales, toute vocation héréditaire à certains objets dont la propriété n'a plus d'intérêt économique particulier pour tels ou tels héritiers, le

(1) *Code civil allemand et loi d'introduction*, traduits par O. de Meulenaere, Paris, 1897, p. 39.

(2) *Code civil Suisse*, avant projet du département fédéral de justice et de police, Berne 1900.

(3) *Code civil suisse*, Exposé des motifs de l'avant projet du département fédéral de justice et de police, t. Ier, introduction. Droit des personnes et de la famille ; t. II, des successions (Berne 1901). — Ces ouvrages qui ne sont pas dans le commerce nous ont été communiqués grâce à l'obligeance de M. le professeur Charmont.

nouveau projet de Code civil maintient la plupart des institutions qui permettent de conserver intactes les exploitations agricoles en cas de décès.

C'est ainsi que, s'il supprime la prérogative masculine que les lois de Lucerne, de Zoug, de Thurgovie et de Fribourg consacraient encore, s'il appelle les cognats au même titre que les agnats en dépit des dispositions contraires usitées par les cantons d'Uri, de Schwyz, d'Obwal et de Nidwal, il ne prétend pas abolir le droit pour un seul des héritiers de se charger de l'exploitation agricole, ni le privilège du fils cadet sur les immeubles des parents. Ne pouvant imposer ces institutions aux régions commerçantes et industrielles qui les ignoraient, le projet de Code civil ne voulait pas en priver non plus la Suisse agricole qui, du lac de Constance au plateau Vaudois, désirait l'une ou l'autre de ces dispositions légales pour protéger son agriculture. Pour concilier ces intérêts divers, l'article 630 laisse libre cours aux usages locaux, en décidant qu'une exploitation agricole formant un tout avec un immeuble y affecté sera, si elle n'est pas commodément partageable, dévolue entièrement à l'un des héritiers, à charge par celui-ci de désintéresser les autres sur la base d'un prix déterminé équitablement.

Plusieurs législations cantonales, entre autres celles de Soleure, de Zurich et de Schaffhouse prescrivaient que certains biens ne devaient pas être divisés au-delà d'une limite fixée. Le projet permet aux cantons de décréter que leurs fonds ne pourront si l'un des héritiers le requiert, être morcelés au delà d'un minimum de contenance fixé pour les différentes espèces de culture (art. 629).

Enfin le futur Code civil suisse corrigera le principe de l'égalité entre les enfants par l'extension de la liberté de disposer. En outre du pouvoir de disposer librement d'une

certaine quotité, le père de famille pourra sauvegarder l'intégrité de son exploitation par le droit de prescrire à ses enfants un certain mode de partage et de composition des lots.

Mais parmi les dispositions législatives qui proscrivent le morcellement exagéré de la propriété foncière, il en est plusieurs qui se rapportent directement à la défense d'aliéner.

Nous avons déjà mentionné la défense de morceler au-delà d'un minimum de contenance que l'un des intéressés pourra adresser à ses cohéritiers avec l'assentiment de sa loi cantonale. Une institution voisine et qui sera mise en vigueur sur tout le territoire de la confédération est celle de l'indivision (*Gemeinderschaft*). Cet état pourra être créé entre toutes personnes et non seulement entre cohéritiers, quoique son importance soit plus considérable dans la famille. Il pourra être constitué à terme ou pour un temps déterminé (art. 267).

Pour adapter l'indivision aux besoins des temps modernes, le projet la rattache à une autre institution qui en rend l'exercice plus souple. « L'indivision, dit M. Eugène Huber (1), pourra être constituée dans des conditions telles qu'il n'y ait pas d'exploitation en commun et que l'administration et la direction de l'entreprise soient confiées à un seul des cohéritiers. Celui qui reprend l'exploitation doit alors verser annuellement à chacun des indivis sa part du bénéfice net, mais la propriété reste commune. Cette variété de l'indivision que nous appelerons indivision en participation, offre cet avantage de pouvoir subsister lorsque certains héritiers quitteraient le domaine paternel, et que le partage ou l'aliénation serait néanmoins contraire

(1) *Exposé des motifs*, t. I, p. 210.

aux intérêts de tous. De même que l'indivision ordinaire, l'indivision en participation se constitue par convention entre les héritiers.... »

A côté de l'indivision conclue entre les héritiers qui constitue une défense d'aliéner partielle, la défense d'aliéner proprement dite occupe un domaine important dans le projet de Code civil suisse.

Bien qu'il restreigne dans son art. 507 les substitutions à un seul degré, le législateur fédéral excepte de ces dispositions les fondations et fidéicommis de famille. Au sujet de ces fidéicommis, il ne fixe aucune limite; les cantons sont autorisés à les restreindre ou a les prohiber (art. 362). En principe, « le fidéicommis de famille peut comprendre une série indéfinie d'appelés, attendu que la famille apparaît dans la suite des générations comme un tout, qu'elle est en quelque sorte à la fois le grevé et l'appelé » (1). C'est le fondateur qui règle la dévolution des biens souverainement, sauf l'intervention des lois cantonales. Le code civil se borne à réserver les biens à l'Etat en cas d'extinction de la famille (art. 363) et à autoriser les créanciers à demander la dissolution de la fondation et le partage des biens en cas d'insolvabilité du chef de la famille (art. 364).

Le projet de code civil entoure le bien familial d'une protection plus étroite s'il revêt le caractère d'*asile de famille*. Cette institution semblable au homestead américain a été autorisée a la demande du canton de Lucerne. Le législateur de la Confédération en laisse la création et l'organisation à l'initiative des législations cantonales (art. 378). Cependant il dispose (art. 379) que pour pouvoir être constitué en asile de famille, tout bien à destination agricole ou industrielle, toute maison d'habitation avec ses dépendances

(1) Huber, *op cit.* tome 1, p. 208.

ne doit pas être plus grand qu'il n'est nécessaire pour suffire à l'entretien et au logement d'une famille, sans égard aux charges qui peuvent le grever, ni aux autres biens du propriétaire. Le propriétaire est tenu d'exploiter lui-même le bien et de demeurer dans la maison d'habitation.

La constitution du bien de famille est subordonnée à une certaine procédure; notamment à l'inscription au registre foncier (art. 380). Son exploitation est soumise à la surveillance de l'autorité (art. 382) et si le propriétaire devient insolvable, l'immeuble sera remis à un gérant qui, tout en maintenant la destination de l'asile, l'administre conformément aux intérêts des créanciers (art. 383).

Le propriétaire doit donner asile à ses ascendants et descendants ainsi qu'à ses frères et sœurs, lorsque leur position l'exige et qu'ils n'en sont pas indignes (art. 383).

Ainsi le caractère familial de cette institution est plus accentué que celui du homestead américain.

A la différence de ce dernier, il comporte l'inaliénabilité, outre l'impossibilité d'être grevé d'hypothéques et l'insaisissabilité (art. 381).

Le propriétaire de l'asile pourra en demander la suppression de son vivant, par l'accomplissement de certaines formalités (art 385). Son inscription est en tout cas radiée à la mort du propriétaire.

Cependant la combinaîson de l'asile de famille avec le fidéicommis permet à un disposant prévoyant d'assurer pour un avenir illimité la sécurité de sa famille. L'art. 384 permet en effet de régler par fondation ou fidéicommis la transmission de l'asile de famille.

Si l'on note d'autre part que la création de fonds de famille peut émaner de parents qui font entre eux la convention d'indivision (art. 365), on remarque la compénétration de ces trois institutions protectrices de la famille.

La prohibition d'aliéner qui résulte des substitutions, des fidéicommis et des asiles de famille est opposable au tiers. Le bien, objet de cette prohibition, devient indisponible, après que l'annotation en a été faite au registre foncier (art. 1003).

# CONCLUSION

**sur l'étude historique et de Droit comparé**

De l'examen successif des législations du passé et des législations contemporaines, se dégagent des indications générales qu'il est bon de noter pour en tirer des leçons en vue de l'étude du droit français actuel et des réformes législatives à proposer au terme de ce travail.

L'inaliénabilité imposée par la loi, soit en vertu de la co-propriété familiale primitive, soit par application du droit féodal, a disparu à peu près partout. Nous en avons à peine trouvé quelques traces dans les droits slaves et scandinaves, et dans les diverses législations anglo-saxonnes ; ce sont des institutions en voie de disparaître : la liberté générale d'aliéner s'affirme partout comme une règle presque sans exception.

Cependant on voit apparaître de nouveaux exemples d'inaliénabilité non plus imposés, mais proposés par la loi, à la libre volonté des parties, en vue de leur permettre d'assurer l'avenir de leur famille le plus souvent au profit exclusif des petits propriétaires, et en vue de leur garantir la conservation du minimum de propriété et de ressources.

Le plus souvent, la loi n'impose pas cette inaliénabilité ; elle la propose, et la volonté humaine seule la fonde, avec l'autorisation préalable et accessoire de la loi.

La substitution qui, par une conséquence très fréquente, entraînait en droit romain et dans l'ancien droit, dérivé du droit romain, une défense d'aliéner sous entendue, servait à

sanctionner une clause d'inaliénabilité non reconnue en elle-même. La substitution est écartée par beaucoup de législations modernes. Seul, le futur code civil suisse paraît disposé à l'accueillir quand elle revêt le caractère de fidéicommis de famille. Le dogme économique de la circulation des biens triomphe en général, ainsi que la liberté absolue de disposer, qui en est l'application.

Les lois modernes, quand elles tendent à paralyser la libre aliénation, ne le font guère que pour le minimum de biens indispensable à la vie de l'individu en cas de pension de retraite, par exemple, ou au maintien du foyer, comme pour le petit domaine rendu inaliénable par la volonté de son propriétaire, et appelé *homestead*.

L'inaliénabilité ne peut plus être établie par tous et sur tous les biens, mais seulement par une catégorie de citoyens et pour une petite partie de leur fortune.

En dehors de ces cas exceptionnels qu'expliquent les préoccupations d'une démocratie désireuse de s'assurer une classe fixe de petits propriétaires indépendants, les lois et les jurisprudences modernes tendent à ne plus reconnaître à la volonté de l'homme le droit de rendre les biens inaliénables, même à temps.

Nous trouvons cependant encore dans le code russe, par exemple, une disposition qui permet l'établissement de l'inaliénabilité ; mais nous avons constaté que cette disposition est corrigée par l'organisation d'une publicité destinée à garantir les tiers. Cette publicité est aussi organisée par le projet de code civil suisse pour l'application de ses conceptions plus modernes. C'est là une supériorité sur notre droit qui n'assure aucune publicité aux clauses de ce genre quand elles sont contenues dans un testament.

D'autres législations plus soucieuses d'assurer la transmission des grandes et moyennes propriétés, ne reconnais-

sent plus d'efficacité à la clause d'inaliénabilité, en ce sens qu'elles valident les aliénations prohibées par la volonté de l'homme. Telle est la législation allemande dans laquelle se rencontrent cependant, comme nous le faisions remarquer plus haut, plusieurs lois destinées à protéger telles catégories de propriétés qui apparaissent comme dignes d'une faveur spéciale.

Mais ces législations distinguent entre la clause d'inaliénabilité capable d'entacher de nullité les aliénations postérieures et la simple défense d'aliéner, destinée à faire naître une obligation de ne pas faire à la charge du propriétaire et non opposable aux tiers.

Cette distinction ne paraît nulle part juridiquement établie comme dans le code allemand. C'est à ce code que nous serons obligés de nous référer quand nous aurons à construire une théorie rationnelle de la défense d'aliéner.

Il est particulièrement remarquable que le code allemand accorde un effet à l'égard des tiers à la clause concédant le droit de préemption. Ce n'est donc pas le danger pour les tiers qu'il redoute dans la défense d'aliéner à effets absolus. Dans un cas comme dans l'autre, il aurait pu organiser une publicité suffisante pour sauvegarder les intérêts des tiers, comme le code russe l'a fait pour la défense d'aliéner elle-même. Mais le code allemand a voulu surtout assurer la libre circulation : le droit de préemption ne la supprime pas ; la défense d'aliéner la supprimerait ; elle maintiendrait la propriété aux mains de celui qui veut s'en défaire, probablement parce qu'il ne peut en tirer un bon rapport. Telle est, tout au moins, la présomption qu'admettent les économistes. C'est parcequ'elle risque d'immobiliser la propriété dans des mains inhabiles ou inactives, que la défense d'aliéner est dépouillée de son efficacité à l'égard des tiers.

# DEUXIÈME PARTIE

## Interprétation de la défense d'aliéner dans le Droit français actuel

### CHAPITRE PREMIER

### Du caractère licite ou illicite de la défense d'aliéner

#### SECTION Ire. — *D'après le Code civil les lois postérieures et les principes généraux*

Dans notre Code civil et dans les lois postérieures à sa rédaction, aucun texte ne valide la défense contractuelle ou testamentaire d'aliéner. Aucun texte ne la prohibe expressément. Sa validité ou sa nullité et, au cas où elle serait valide, ses effets et sa portée ne peuvent être déterminés que par l'application des principes généraux de notre droit.

Tout d'abord, il est évident que l'ensemble du droit civil français est écrit en vue de faciliter la circulation des biens. Le législateur n'a plus cherché à assurer la stabilité des fortunes et à matntenir les biens dans les familles, sa préoccupation a été de faciliter et de multiplier les aliénations et la division des patrimoines, dans le but d'établir une

moins grande inégalité des conditions sociales et dans l'espoir qu'en changeant souvent de maîtres, les biens seront plus aisément placés dans les mains les plus aptes à les exploiter avec succès. Quoiqu'on pense de ces résultats et des moyens employés d'une manière uniforme pour les réaliser dans toutes les régions, il n'en reste pas moins vrai que nos législateurs, depuis plus d'un siècle, ont réservé leurs faveurs à la circulation des biens et que l'inaliénabilité, s'ils l'avaient considérée expressément en elle-même, leur eut paru, en règle générale, contraire à l'ordre public.

Plusieurs textes positifs indiquent bien quelle était sur ce point la pensée des rédacteurs du Code civil. L'article 544 définit la propriété : « le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou les règlements ». L'article 1594 dispose : « Tous ceux auxquels *la loi* ne l'interdit pas peuvent acheter et vendre ». Et l'article 1598 : « tout ce qui est dans le commerce peut être vendu lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation ». D'autre part, le Code civil permet bien dans deux cas aux particuliers de déclarer certains biens inaliénables : par contrat de mariage au cas de régime dotal et par l'effet d'une substitution pour le cas où les substitutions sont permises; mais le législateur a bien soin de montrer en édictant ces inaliénabilités qu'il s'agit de dérogations exceptionnelles au principe de l'aliénabilité des biens. L'article 896, rapproché des articles qui permettent exceptionnellement les substitutions, indique encore ici que l'inaliénabilité ne peut résulter de la volonté de l'homme qu'en vertu d'une permissisn expresse de la loi et dans des hypothèses exceptionnelles.

La doctrine est unanime d'ailleurs à proclamer ce principe : « La faculté d'aliéner est d'ordre public, disent Aubry et Rau. Le propriétaire ne peut, en principe, y renon-

cer par convention ; et la défense d'aliéner imposée par le donateur ou testateur au donataire ou légataire, n'est point en général efficace (1) ».

Cependant, nous l'avons vu, partout et de tout temps, les conventions et les testaments ont contenu des défenses d'aliéner, inspirées dans toutes les époques par des motifs analogues. Parmi ces motifs, quelques-uns, dans certaines législations, comme dans la nôtre, ne paraissent pas de nature à être pris en considération : on les déclare contraires à l'ordre public. C'est ainsi que le clause d'inaliénabilité perpétuelle édictée en vue de maintenir indéfiniment les biens dans une même famille serait inadmissible dans notre droit actuel (2). Mais peut-on trouver contraire aux principes de la législation le désir de prévenir les fâcheux effets de la prodigalité d'un donataire ou d'un légataire, soit dans son propre intérêt, soit dans l'intérêt de ses enfants ou de son conjoint. Peut-on considérer comme incompatible avec les principes de notre Code civil la défense d'aliéner qu'un aliénateur à titre gratuit ou à titre onéreux impose à son acquéreur, afin de pouvoir plus commodément exercer le droit qu'il se réserve sur l'immeuble transmis ou vendu ou afin de faciliter à un tiers l'exercice d'un droit qu'il lui a concédé avant l'aliénation ?

La loi a tenu compte de certains de ces intérêts légitimes, quand elle a admis l'inaliénabilité des biens dotaux et des biens compris dans une substitution permise. Au cas de contrat de mariage, on se trouve en présence d'une personne propriétaire qui s'interdit à elle-même d'aliéner dans son

(1) Aubry et Rau, *Cours de Droit civil français*, 5me édit, t. 2, § 191, p. 272 et notes 14 et 15.

(2) L'institution des majorats paraît avoir été dans notre législation la dernière manifestation du désir de maintenir un bien important dans les grandes familles.

propre intérêt d'abord, et ensuite dans l'intérêt des enfants à naître du mariage; dans les substitutions permises, le testateur ou donateur interdit l'aliénation au donataire ou légataire dans l'intérêt des enfants de ce donataire ou légataire.

Ne peut-on, dans des cas analogues, permettre aux contractants ou aux disposants d'imposer des défenses d'aliéner munies d'une certaine efficacité? Sans doute, il faudrait que ces prohibitions ne fussent interdites par aucun texte positif du Code civil : elles ne seraient pas acceptables, par exemple, si elles constituaient de véritables substitutions (art. 896 C. civ.) ou si elles déguisaient la convention de rester plus de cinq ans dans l'indivision (art. 815 C. civ.). Il est bien certain que ces défenses d'aliéner seraient nulles si elles violaient expressément une disposition prohibitive de la loi. Tout autre est la question que ce sont posées la doctrine et la jurisprudence : en dehors de tout texte spécial annulant la défense d'aliéner, celle-ci doit-elle être considérée comme une clause illicite? autrement dit, suffira-t-il pour lui donner ce caractère illicite d'invoquer contre elle le principe général que la faculté d'aliéner est d'ordre public?

## Section II. — *D'après la jurisprudence*

### § 1er. — *Evolution de la jurisprudence.*

La jurisprudence n'a pas, dès le début du XIXe siècle, admis la validité de la clause prohibitive d'aliéner. C'est seulement en 1842, le 21 juin, qu'un arrêt de la Cour d'Angers (1) reconnut la validité de cette clause. Auparavant la

(1) D. P. 46, 4, 163.

nullité était toujours prononcée sans distinction des cas de défense absolue et temporaire (1).

Dalloz semblerait indiquer (2) que l'arrêt de la Chambre des Requêtes, du 7 février 1831 qu'il cite en note valide une clause testamentaire portant défense d'aliéner, mais en examinant de près cet arrêt et l'hypothèse dans laquelle il est intervenu, on s'aperçoit aisément d'abord que l'arrêt déclare que la défense d'aliéner eut été nulle si elle avait été absolue et de plus qu'elle n'a pas été imposée mais simplement proposée à la légataire comme une option à laquelle elle était libre de renoncer valablement; ce que d'ailleurs elle avait fait. Le testateur lui avait dit : ou vous n'aliénerez pas les biens constituant votre réserve ou vous perdrez l'usufruit sur la quotité disponible. C'était là une condition que la légataire était libre de ne pas respecter, sauf à subir les conséquences de l'inexécution, mais non une prohibition d'aliéner qui, la Cour le dit, eut été nulle.

C'est donc seulement l'arrêt d'Angers de 1842 qui a inauguré la jurisprudence favorable à la clause prohibitive d'aliéner. Sa décision fut suivie par les autres Cours d'appel (3).

La Cour de Cassation valida pour la première fois une défense d'aliéner par un arrêt du 20 avril 1858 (4). Cet arrêt,

(1) Trib. de la Seine, 18 mars 1820, Dall. Rép., v° dispositions entre vifs et testamentaires n° 180, 3, p. 83, note 1.

Voyez aussi la note de M. Planiol sous Cass. 22 juillet 1896, D. 98, 1, 17. — Lyon, 7 avril 1835, D. P. 36, 2, 83. — Paris, 11 mars 1836, D. P. 36, 2, 82. — Douai, 29 décembre 1847, D. P. 48, 2, 68.

(2) Dalloz. Répertoire *loco citato.*

(3) Orléans, 17 janvier 1846; D. P. 46, 2, 203.— Douai, 21 juin 1851 ; D. P. 52, 2, 245. — Bourges, 14 décembre 1852; D. P. 54, 2. 257.— Paris, 15 avril 1858; D. P. 59, 2, 10.

(4) Cass. 20 avril 1858 ; D. P. 58, 1, 154.

rendu par la Chambre civile, cassait un arrêt fortement motivé de la Cour de Lyon (1) qui, elle-même, avait réformé un jugement du Tribunal civil de Roanne, tant à cette époque les opinions étaient divergentes et tant était nécessaire l'arbitrage de la Cour suprême. Cependant ces décisions contradictoires étaient rendues dans l'hypothèse qui, depuis lors, paraît avoir été considérée par la jurisprudence et par les auteurs comme l'une des plus favorables : un donateur qui s'était réservé un droit d'usufruit sur la chose donnée avait imposé au donataire une clause par laquelle celui-ci s'engageait à ne pas hypothéquer ni aliéner les biens compris dans la donation. La Cour de Lyon avait longuement rappelé les dangers de la mainmorte. La Cour de Cassation répondit en distinguant l'interdiction temporaire d'aliéner, imposée dans l'intérêt du donateur d'une interdiction absolue et indéfinie qui aurait pour résultat de mettre pendant un long temps les biens hors de la circulation.

Dès lors, la jurisprudence admettra la validité des défenses d'aliéner, pourvu qu'elles ne soient ni absolues ni indéfinies. La Cour de Cassation avait validé la clause écrite dans l'intérêt du donateur qui s'est réservé l'usufruit (2). La Cour de Douai, sur le remarquable rapport du Procureur général Pinard, validait, dans son arrêt du 27 avril 1864 (3), la défense d'aliéner écrite dans l'intérêt d'un tiers bénéficiaire d'une rente viagère dont les immeubles qu'il est interdit d'aliéner garantissent le paiement. Ici, encore, l'arrêt réformait un jugement du tribunal de Saint-Omer (4),

(1) Lyon, 12 juin 1856; D. P. 58, 2, 224 et reproduit sous l'arrêt de cassation précité.

(2) V. aussi Cas. Req. 27 juillet 1863, D. 64, 1, 494.

(3) D. 1864, 2, 89.

(4) D. *loco citato.*

qui avait déclaré la clause non écrite. La décision de la Cour de Douai était confirmée par un arrêt de rejet de la Chambre des requêtes, du 12 juillet 1865 (1).

Par un progrès que le Procureur général Pinard se refusait à admettre (2), un arrêt de la Chambre des Requêtes (3) ratifiait un arrêt de la Cour de Rennes, du 16 février 1876, qui déclarait valable une défense d'aliéner écrite dans l'intérêt des gratifiés seuls. La jurisprudence étendait donc le domaine de la défense d'aliéner.

Elle devait cependant refuser d'aller dans cette voie aussi loin que le dernier arrêt semblait l'indiquer. Dans une décision du 19 mars 1877, rendue sur un rapport de M. le conseiller Barafort, la Chambre des Requêtes approuvait un arrêt de la Cour de Douai, qui avait réputé non écrite la défense d'aliéner imposée au légataire dans son seul intérêt, mais pour toute sa vie. Toutefois, le rapport réserve expressément la validité de la défense d'aliéner imposée à titre temporaire au gratifié, dans son seul intérêt.

La pratique a essayé d'élargir encore le champ d'application de notre clause et de l'appliquer aux biens personnels du gratifié. La jurisprudence n'a pas admis cette nouvelle extension. Un arrêt d'Orléans, du 30 décembre 1893 et la Chambre civile de la Cour de Cassation, par un

(1) D. 65, 1, 475.

(2) V. D. P. 1864, 2, 91 : « Voyons la doctrine, disait M. le Procureur général Pinard, Là, encore, faisons une distinction ; ne nous prévalons pas de ces opinions qui valident la clause d'inaliénabilité plus ou moins prolongée, même lorsqu'elle n'est stipulée que dans l'intérêt du donataire. Sans aller jusque-là et en restant sur le terrain indiqué plus haut, citons cet ensemble d'autorités qui, dans le passé et dans le présent, défendent comme légale la clause d'inaliénabilité toutes les fois qu'elle protège, soit chez le donateur soit chez le tiers un intérêt sérieux ».

(3) Cass. 11 juillet 1877, D. P. 78,1, 62.

arrêt du 22 juillet 1896 ont refusé de reconnaitre la validité d'une clause par laquelle le père donateur s'était fait promettre par ses enfants qu'ils n'alièneraient ni les biens qu'il leur donnait, ni ceux qu'ils avaient reçu de leur mère (1).

Il semble donc que la jurisprudence, après avoir accepté avec faveur de nouveaux cas de défenses d'aliéner dans la seconde moitié du XIX[e] siècle, a aujourd'hui une tendance marquée à s'arrêter dans le développement des principes qu'elle a posés, tout en n'abandonnant rien de ce qu'elle a déjà admis.

### § 2. — *Caractères essentiels de la jurisprudence.*

Un des principes fondamentaux de la jurisprudence contemporaine est la distinction établie entre les défenses d'aliéner qui ne doivent pas produire d'effet, parce qu'elles sont contraires à la règle d'ordre public de la transmissibilité des biens et celles qui doivent être sanctionnées parce qu'elles ne portent pas une atteinte grave à cette règle d'ordre public et qu'elles sont, de plus, justifiées par un intérêt légitime du stipulant lui-même, de l'acquéreur ou des tiers.

Cette jurisprudence, en certains cas favorable à la défense d'aliéner, diffère essentiellement de la pratique de notre ancien droit et même des décisions du droit romain. Elle s'en distingue par deux caractères spéciaux que lui ont nécessairement imprimés les conceptions économiques modernes et les textes du Code civil: toute défense d'aliéner qui est écrite pour une durée trop considérable est

(1) Pand. 94, 2, 304; Cass. 22 juillet 1896, D. 98, 1, 17. Voir aussi arrêt de Paris du 26 juillet 1898, D. 99, 2, 24 et Cass. ch. civ. 26 janvier 1899, D. 1900, 1, 533.

repoussée comme contraire à la circulation des biens, et toute défense d'aliéner doit être annulée avec la disposition à titre gratuit à laquelle elle sert de condition, si elle peut être interprétée dans le sens d'une substitution.

C'est à ce second point de vue surtout que le contraste est grand entre les arrêts et les jurisconsultes de l'ancien droit et les textes du droit romain d'une part, et les arrêts et les auteurs modernes d'autre part. Pour les premiers, en vue de valider la défense d'aliéner, il faut étendre, autant qu'il est possible, la notion de la substitution, car la substitution est, sinon toujours favorisée dans toutes ses applications, tout au moins toujours permise, sauf dans des coutumes exceptionnelles. C'est encore la solution que donne Pothier, du moins pour le cas où la défense d'aliéner comporte la défense de tester (1).

Sous l'empire du Code civil, la préoccupation contraire se fait jour: les substitutions sont prohibées, sauf dans deux cas particuliers. On ne peut donc plus valider la défense d'aliéner en la transformant en substitution. Au contraire, toutes les fois que notre clause est insérée dans un acte à titre gratuit, elle devra soigneusement être distinguée de la substitution.

Et les premiers commentateurs du Code s'efforcaient d'établir la distinction que le droit romain et l'ancien droit français avaient tenté d'effacer.

Il est aujourd'hui nécessaire de différencier la défense d'aliéner de la substitution non seulement pour permettre de valider en certains cas la clause prohibitive d'aliéner écrite dans les actes à titre gratuit, mais encore pour fixer les effets de la nullité de cette clause dans le cas ou la jurisprudence n'en admet pas la validité.

(1) Pothier, t. VII, *Des substitutions fidéicommissaires* art. III, §1, p. 584.

C'est que les conséquences de la nullité de la condition apposée à un acte gratuit sont bien différentes suivant qu'il s'agit de la nullité d'une clause quelconque comme peut l'être la nullité de la défense d'aliéner réputée en principe contraire à l'ordre public ou de la nullité d'une substitution prohibée. La nullité d'une condition contraire à l'ordre public laisse toute sa validité à la disposition a titre gratuit; la condition est seulement tenue pour non écrite et la disposition principale réputée pure et simple. Plus radicale, la nullité de la substitution prohibée entraîne la nullité de la disposition principale.

Dans les cas où la défense d'aliéner aurait pu être considérée comme une substitution prohibée, elle aurait donc entraîné l'annulation de tout l'acte gratuit, comme elle entraînerait la nullité des actes à titre onéreux, selon la règle écrite dans l'article 1172 du Code civil.

La distinction n'est donc pas seulement nécessaire en vue de valider la défense d'aliéner en elle-même, mais aussi en vue de valider éventuellement les dispositions à titre gratuit qu'elle affecte.

Sous l'empire de cette préoccupation, la doctrine et la jurisprudence ont restreint le plus possible les cas de prohibition d'aliéner dans lesquels se trouve impliquée une substitution prohibée.

Dans la doctrine, les premiers interprètes du Code civil s'efforcent de faire cesser une confusion encouragée par l'ancien droit. Merlin déclare que la défense d'aliéner ou de tester ne pourra constituer une substitution prohibée que si l'acte gratuit qui la contient indique la personne au profit de laquelle elle est écrite (1), Pour Toullier (2), il n'y

(1) Merlin, *Répertoire de Jurisprudence*, v° substitution fidéicommissaire, section VIII, V bis.

(2) Toullier, *Droit civil français*, VI, n° 488.

a substitution que s'il y a charge de conserver et de rendre à des personnes désignées. Grenier, après avoir rappelé les anciens principes, déclare que « sous une législation telle que celle qui résulte de l'article 896 du Code civil qui fixe d'une manière précise ce qui constitue une substitution fidéicommissaire, on doit se tenir à cette législation qui implique charge de conserver et de rendre, sans avoir égard, au moins sur ce point, aux lois romaines, dont le génie était de favoriser et d'étendre singulièrement les substitutions (1). »

La jurisprudence a suivi les mêmes tendances et nous trouvons dans les arrêts la distinction de plus en plus rigoureuse entre la prohibition d'aliéner valable ou nulle mais qui laisse toujours subsister la disposition principale et la subtitution fidéicommissaire qui en entraîne la nullité, sauf dans les cas exceptionnels admis par le Code civil. C'est ainsi que la Cour de Rouen a jugé par un arrêt du 2 février 1870 (2), que la défense d'aliéner imposée à un légataire pendant quarante ans, à partir de l'ouverture de la succession, ne saurait constituer une substitution prohibée, même lorsqu'elle est accompagnée de cette autre disposition qu'en cas de décès sans enfants du légataire, les biens reviendront à son frère qui les recueillera grevés de la même défense d'aliéner. La Cour a estimé que la défense d'aliéner pendant quarante ans, imposée dans l'espèce qui lui était soumise à un légataire assez jeune pour pouvoir survivre à cette période de quarante ans ne constituait pas une substitution parce qu'elle n'imposait pas au grevé l'obligation de conserver pendant toute sa vie pour transmettre à sa mort.

(1) Grenier, *Traité des donations*, t I, p 115.

(2) Rouen, 2 février 1870, D. P, 71, 2, 43.

La prohibition de tester que Pothier entendait toujours comme une substitution (1) ne peut être aujourd'hui comprise comme telle, pas plus que la défense absolue de disposer par donation entre vifs (2).

Ainsi, dans toutes ses applications, même dans les actes à titre gratuit, la défense d'aliéner a désormais une vie propre. En principe, elle est contraire aux principes généraux de notre droit. Cependant, dans certains cas où elle ne restreint pas dans une mesure et pour une durée excessives la faculté de disposer et où en même temps elle est justifiée par des motifs dignes d'être pris en considération, la jurisprudence la valide.

C'est que l'ordre public n'a rien d'immuable. Les changements dans les mœurs ont leur répercussion dans le domaine politique et dans le domaine juridique et telle institution qu'on jugeait contraire à l'ordre public, peut dans un laps de temps, bien inférieur à cent ans, lui devenir conforme.

(1) Pothier, *loc. cit.*

(2) Dalloz, *Jurisprudence générale*, v° substitution, n° 81, 82 et *supplément* cod. v° n° 49.

## CHAPITRE II

### Conditions de validité de la défense d'aliéner

Comme tous les interprètes de notre Code civil, Zachariæ pense (1) que la transmissibilité et l'aliénabilité des biens constituent l'essence du droit de propriété et sont, par suite, d'ordre public. Mais il met en lumière cette idée féconde « qu'une condition qui, sans attaquer, en lui-même, le droit d'aliéner, en restreindrait l'exercice dans l'intérêt du donataire, n'aurait rien de contraire à l'ordre public ou aux lois. »

Sans examiner les détails de cette formule et sans rechercher s'il n'y a pas lieu de prendre en considération l'intérêt des tiers et du donateur comme celui du donataire, nous devons, pour le moment, en dégager deux principes. Zachariæ reconnaît que la nullité de la défense d'aliéner admise en règle générale, doit être écartée à deux conditions : quand la prohibition n'attaque pas en lui-même le droit d'aliéner, mais quand elle se contente d'en restreindre l'exercice, et quand elle est écrite dans l'intérêt légitime de personnes déterminées.

Ces deux conditions dont nous allons préciser le sens au cours de ce chapitre, sont celles qu'indiquent les auteurs et la jurisprudence. La doctrine et la pratique se sont presque unanimement posé cette règle : la défense d'aliéner est illicite en principe ; en conséquence, elle sera tenue pour non écrite dans les actes à titre gratuit, elle entraî-

(1) Zachariæ. *Le Droit civil français*, édition Massé et Vergé, tome III, p. 180.

nera la nullité de la disposition tout entière dans les actes à titre onéreux. Exceptionnellement, elle pourra être valable lorsque d'une part elle laissera subsister le droit d'aliéner et ne fera qu'en restreindre l'exercice dans des limites que nous aurons à déterminer et lorsque, d'autre part, cette prohibition aura une cause légitime.

Un seul auteur se refuse à admettre dans aucun cas la validité de la défense d'aliéner : c'est M. Laurent (1). Pour lui, la défense d'aliéner est toujours une clause illicite ; elle doit être déclarée telle par application de l'article 896 du Code civil qui prohibe les substitutions fidéicommissaires, et de l'article 6 du même Code qui interdit de déroger par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public.

Nous avons, dans le chapitre précédent, répondu au premier argument invoqué par M. Laurent, quand nous avons montré que la défense d'aliéner se distingue de la substitution fidéicommissaires strictement définie par l'article 896. Il est donc superflu d'insister sur ce point : toutes les fois que la défense d'aliéner sera isolée et ne comportera pas l'obligation pour un gratifié, de conserver et de rendre à sa mort à une personne interposée, il n'y aura pas lieu de rechercher dans l'article 896 les règles à appliquer à cette clause. On argumenterait avec d'autant moins de droit de ce texte, pour déclarer illicite, dans tous les cas, la défense d'aliéner que cet article édicte une sanction très rigoureuse et exorbitante du droit commun des actes à titre gratuit, la nullité de la disposition principale. Or, les règles élémentaires de l'interprétation juridique, interdisent d'étendre cet article en dehors du cas précis et déterminé qu'il prévoit.

(1) Laurent, *Principes de Droit civil*, tome XI, n° 410.

Quant à l'article 6 du Code civil, il prohibe, sans doute, toute convention particulière, contraire à l'ordre public ; et, si l'on admet que toute restriction, quelle qu'elle soit, apportée par convention ou par disposition testamentaire à l'exercice du droit d'aliéner introduit un élément de trouble dans l'ordre public, il est logique de réputer illicite toute défense d'aliéner, comme le fait M. Laurent. Mais c'est précisément là une question dont la solution est loin de s'imposer, comme il a paru à M. Laurent, puisque son opinion radicale est unanimement combattue par la doctrine et la jurisprudence.

Tout le monde admet évidemment que dans l'état actuel de notre droit, comme le dit Zachariœ dans le passage cité plus haut, la clause conventionnelle ou testamentaire par laquelle on prétendrait anéantir la faculté de disposer serait contraire à l'ordre public et devrait être tenue pour illicite ; mais on reconnait aussi qu'il peut être apporté des restrictions au libre exercice de cette faculté d'aliéner dans une certaine mesure et dans les cas ou il s'agit de sauvegarder un intérêt légitime. Il paraît bien certain que l'ordre public peut cesser d'être intéressé dans la question dès que le principe du droit d'aliéner est sauf. Si les restrictions apportées à son exercice sont essentiellement temporaires, si on ne doit les valider que dans certains cas déterminés par une jurisprudence rigoureuse, la circulation des biens ne risque plus d'être entravée. Si, d'autre part, on restreint les effets de ces défenses d'aliéner, afin de les empêcher de nuire aux tiers qui ont bénéficié de l'aliénation faite en violation de la défense, le crédit public cessera d'être menacé et les deux graves intérêts de la protection desquels l'ordre public dépend véritablement, ne courent plus aucun risque.

M. Laurent fait d'ailleurs d'autres reproches au système

de la doctrine et de la jurisprudence : il le trouve incohérent, timide, sans bases précises, livré à l'arbitraire des tribunaux ou des juriconsultes. A ces arguments qui ne s'adressent plus au principe, mais à la pratique, il suffirait peut être de répondre que si la loi a omis de s'expliquer sur une clause qui a été de tout temps insérée dans les actes, il faut bien que la pratique s'en occupe. Tout en reconnaissant que l'inaliénabilité absolue est certainement contraire à l'ordre public, elle peut légitimement discerner des clauses dangereuses, celles qui ne le sont pas. Il s'agit ici, en effet, non pas d'appliquer un texte positif et clair comme celui qui prohibe les substitutions, mais de tirer les conséquences juridiques d'un principe général qui n'est écrit nulle part.

Quant à l'incohérence des décisions de détails à laquelle on aboutit dans le système qui admet la validité exceptionnelle de l'interdiction d'aliéner, il est impossible de la nier. On ne peut arriver facilement à déterminer d'une manière logique les conditions de validité et surtout la nature juridique et les effets de la défense d'aliéner dans tous les cas où la jurisprudence la reconnaît valide. Les développements qui vont suivre, montreront à quelles difficultés cette matière donne lieu. Mais est-ce un motif suffisant parcequ'une jurisprudence est difficile à justifier et à expliquer dans certains cas, pour condamner absolument le principe sur lequel elle se fonde; et doit-on réputer dans tous les cas une clause illicite parcequ'il peut arriver parfois qu'on ne soit pas d'accord sur la base même de sa validité ?

Le système généralement admis paraît plus rationnel : recherchons avec soin les cas dans lesquels notre clause est évidemment contraire à l'ordre public et dans ces cas déclarons la illicite, mais en tout autre occasion, reconnaissons sa validité, sauf à rechercher dans chaque hypothèse

quelle est sa véritable nature juridique et si notre droit permet de sanctionner les effets désirés par les parties.

### Section 1re. *La prohibition ne doit pas être absolue*

La prohibition d'aliéner ne saurait être exceptionnellement valable que si elle est relative et temporaire ; telle est la décision unanime de la doctrine et de la jurisprudence.

« Si nous considérons comme illicite, dit Demolombe, la condition de ne pas aliéner lorsqu'elle est absolue et indéfinie, notre avis est, au contraire, qu'il faut la considérer comme licite, lorsqu'elle est seulement relative et temporaire et qu'elle se trouve d'ailleurs justifiée par un motif sérieux (1) ».

Pour avoir sur ce point une première analyse succincte de la jurisprudence, nous ne saurions mieux faire que de l'emprunter au rapport présenté à la Cour de cassation par M. le conseiller Barafort sur un pourvoi élevé contre un arrêt de la Cour de Douai du 20 décembre 1875 (2).

« Voyons d'abord la jurisprudence de la Cour de cassation, dit le savant conseiller. Un arrêt de la Chambre civile du 20 avril 1858 (D. P. 58, 1, 154-155) juge que la prohibition d'aliéner un immeuble pendant la vie du donateur est licite, alors qu'elle a pour but d'assurer l'exercice d'un droit de retour légal ou qu'elle a été stipulée pour la garantie d'un droit d'usufruit... Mais les motifs de l'arrêt ajoutent qu'une telle défense ne peut être assimilée à une interdiction d'aliéner absolue et indéfinie qui aurait pour résultat de mettre pendant un long temps les biens hors de la circula-

(1) Demolombe, *Des donations et testaments*, t. Ier, n° 294.

(2) D. P. 1879, 1, 455.

tion... Un autre arrêt de la Chambre des Requêtes du 12 juillet 1865 (D. P. 65, 1, 475) juge que la clause d'un testament qui interdit au légataire, chargé du service d'une rente viagère, d'aliéner les biens légués pendant la durée de cette rente, à l'effet d'en garantir le service, doit recevoir son exécution. Mais cet arrêt reproduit le motif de celui de 1858, que l'interdiction temporaire et purement relative d'aliéner ne saurait être assimilée à la prohibition absolue et indéfinie qui aurait pour résultat de mettre pour un long temps les biens hors de la circulation ».

Attendu, dit encore un arrêt du 9 mars 1868 (D. P, 68, 1, 309), « que si la prohibition d'aliéner contenue dans une donation ou dans un testament est nulle, comme contraire à l'intérêt public de la libre circulation des biens, il en est autrement de la prohibition temporaire qui est justifiée par l'intérêt sérieux et légitime soit du donateur soit des tiers ».

« Que conclure, dit M. Barafort, de votre jurisprudence? Evidemment, comme règle générale, que la prohibition absolue d'aliéner est nulle ; mais que, par exception à la règle générale, cette prohibition est valable si, d'une part, elle n'existe pas pour un long temps, et si, d'ailleurs, elle a été imposée au donataire dans l'intérêt du donateur ou d'un tiers... Cette formule « pour un long temps » est bien vague, n'importe, votre jurisprudence nous paraît sagement concilier le principe de la liberté de tester ou de disposer à titre gratuit et celui de la libre circulation des biens ».

Comment appliquer ce critérium si vague ? Pour déterminer si la durée de la prohibition excède ou n'excède pas le délai trop prolongé dont parle M. le conseiller Barafort, il faut distinguer suivant les cas, disent les arrêts.

Quand la défense d'aliéner est écrite dans l'intérêt du donateur qui s'est réservé, par exemple, un usufruit sur l'im-

meuble, la jurisprudence admet que l'inaliénabilité peut être imposée pour la durée entière de l'usufruit. Il est vrai que, dans la plupart des cas, les donateurs ne se résolvant à se dépouiller que sur la fin de leur vie, le terme fixé à la mort du donateur, n'est généralement pas fort éloigné. Mais dans la seconde hypothèse, celle ou la défense d'aliéner est écrite au profit d'un tiers, la prohibition étendue à la vie entière du tiers peut être d'une durée bien supérieure. Rien n'empêche, en effet, les donateurs et surtout les testateurs, de gratifier d'une rente viagère ou d'un usufruit une personne jeune, de sorte que la durée de l'inaliénabilité risque d'être prolongée. Cependant la jurisprudence n'hésite pas à admettre dans ce cas comme dans le premier, la validité de la clause, même dans les circonstances les plus défavorables. La disposition était faite au profit de deux légataires très jeunes et, selon toutes les vraisemblances, la défense d'aliéner qui devait durer jusqu'à la mort du dernier survivant, pouvait prolonger fort longtemps ces effets.

La question avait été examinée une première fois dans le réquisitoire du Procureur général Pinard (1), et ce magistrat déclarait qu'en stipulant l'inaliénabilité des biens donnés à certains de ses petits neveux au profit d'un autre petit neveu et d'une domestique, le testateur avait fait une disposition valable, « Il n'y a pas ici inaliénabilité absolue empruntée au régime dotal, puisque Jules et Victor ne sont pas incapables d'aliéner leur vie durant, et doivent seulement observer un terme limité à la vie d'un tiers ». On saisit très bien la pensée du Procureur général : quelle que puisse être la durée de la vie du tiers au profit duquel la défense d'aliéner est écrite, elle n'est jamais écrite pour un temps « trop long », selon l'expression du Conseiller Bara-

(1) V sur Douai 27 avril 1864, D. P. 64, 1, 89.

fort, parcequ'il n'est jamais certain que ce temps excèdera ou égalera la durée de la vie du nouveau propriétaire : celui-ci a l'espoir de pouvoir aliéner, s'il survit au tiers, dans l'intérêt duquel la défense a été écrite. Cela suffit pour que le délai de la prohibition ne soit pas trop prolongé.

Il est à remarquer que, dans l'hypothèse sur laquelle statuait la Cour de Douai, non seulement l'inaliénabilité devait durer jusqu'à la mort des deux crédi-rentiers, mais encore l'un des crédi-rentiers, le petit neveu du testateur était beaucoup plus jeune que ses frères, gratifiés de la propriété des biens inaliénables. De ces deux circonstances : existence de deux bénéficiaires et jeune âge de l'un d'eux, il résultait que l'inaliénabilité pouvait durer plus que la vie du gratifié. Cependant, il suffisait qu'ils eussent l'espoir de pouvoir vendre au cas de survie pour que l'inaliénabilité ne parût ni au Procureur général, ni à la Cour de Douai, stipulée pour un temps trop long. La Chambre des Requêtes confirma, d'ailleurs, la décision de la Cour de Douai (1).

« Attendu, dit-elle dans son arrêt, que l'interdiction temporaire et purement relative d'aliéner, imposée par un testateur à ses légataires, ne peut être assimilée à l'interdiction absolue et indéfinie qui aurait pour résultat de mettre pour un long temps les biens légués hors de la circulation ;... qu'en fait, la clause testamentaire dont il s'agit au procès n'a interdit aux légataires la faculté d'aliéner que pendant la durée de l'existence de deux personnes à chacunes desquelles le testateur avait légué une rente viagère... »

Si l'on imagine un testament attribuant des droits à une série de personnes, et interdisant d'aliéner l'ensemble des

(1) Req. 12 juillet 1865, D. P. 65, 1, 475.

biens jusqu'à la mort du survivant de ces personnes, il est bien certain que les héritiers de ces biens risqueront fort de ne pouvoir jamais aliéner. Cependant il ne semble pas que la jurisprudence recule devant les conséquences des principes posés par l'arrêt que nous venons de citer, quel que soit le nombre des bénéficiaires de la clause prohibitive d'aliéner. C'est ainsi que, dans un arrêt de la cour de Dijon, du 5 avril 1872 (1), est déclarée valable la disposition interdisant à des légataires d'aliéner, sinon au profit de leurs frères et sœurs. Cette interdiction n'ayant d'autre terme que la vie de ces « frères et sœurs » risquait, l'arrêt le reconnaît formellement, de durer autant que la vie des légataires eux-mêmes. La Cour ne l'a pas moins validée, en indiquant que la prohibition d'aliéner ne pouvait durer tout au plus que pendant la vie de ces légataires. Il suffirait donc que le testateur n'indiquât pas formellement comme terme de l'inaliénabilité la mort de celui-là même qu'il gratifie, quelques chances qu'il y ait que cette durée soit atteinte en fait, pour que la clause ne soit pas écrite pour un temps trop long. La défense d'aliéner doit évidemment, dans ce cas, favoriser soit l'intérêt exclusif d'un tiers, soit l'intérêt commun du gratifié et du tiers.

C'est en effet sur ce point que l'arrêt de Dijon diffère des arrêts que nous allons maintenant étudier et qui viseront des défenses d'aliéner écrites dans l'intérêt exclusif des gratifiés. Dans l'arrêt de Dijon, la Cour indique bien que cette défense d'aliéner à tout autre qu'aux colégataires est écrite dans l'intérêt de l'ensemble des gratifiés ; mais elle n'est écrite exclusivement au profit d'aucun d'eux, et, lorsqu'on l'analyse à l'égard de l'un quelconque de ces légataires, on est obligé de reconnaître qu'elle est écrite en partie

(1) D. 74, 5, 130.

dans son intérêt sans doute, mais aussi au profit de ses colégataires, c'est-à-dire, en se plaçant à son point de vue; au profit d'un tiers. Cela suffit pour avoir droit à la bienveillance de la jurisprudence.

Au contraire, le temps pendant lequel l'interdiction d'aliéner est prononcée sera facilement jugé « trop long », si la clause n'est écrite que dans l'intérêt du gratifié seul. Dès que la défense d'aliéner est stipulée ou imposée dans l'intérêt du gratifié seul, elle est nécessairement réputée perpétuelle ou tout au moins établie pour un « temps trop long », dès qu'elle doit durer autant que la vie du gratifié.

En 1877, M. le conseiller Barafort dans son rapport à la Chambre des requêtes déjà cité plus haut (1), après avoir constaté la vague détermination employée par la jurisprudence, recherche — ce qui est expressément l'objet de son rapport — ce qu'est ce « long temps », capable d'entraîner la nullité dans l'hypothèse d'une défense d'aliéner écrite dans l'intérêt du gratifié seul.

Le pourvoi, nous dit-il, invoque l'autorité de Demolombe; et, en effet, Demolombe admet formellement la validité de la défense d'aliéner écrite dans l'intérêt unique du donataire ou du légataire. Mais, dit le conseiller rapporteur, dans cette dernière hypothèse l'application de notre règle est plus délicate. « Le disposant, par exemple, a mis pour condition que le donataire ou le legataire qui est un jeune homme de vingt ans ne pourrait pas aliéner avant d'avoir atteint l'âge de vingt-cinq ans ou avant de s'être établi par mariage. Est-ce licite? Pour ce cas, la réponse de l'auteur (Demolombe) est affirmative. Mais nous sommes loin d'une prohibition d'aliéner pendant toute la vie du légataire. Or, Demolombe a examiné cette espèce qui est la nôtre :

(1) V. p. 111.

« Nous croyons, dit-il (n° 292) qu'il faudrait tenir pour illicite la condition absolue de ne pas aliéner, fut-elle limitée à la vie du donataire, si, d'ailleurs, elle n'était justifiée par aucun motif d'intérêt au profit du disposant ou au profit d'un tiers ».

Le Conseiller rapporteur cite l'opinion conforme d'Aubry et Rau (1) et de Merlin (2). Il conclut en ces termes : « La prohibition d'aliéner imposée à un légataire pour sa vie entière est, assurément par rapport à lui tout ce qu'on peut imaginer de plus absolu. Les biens sont frappés, entre ses mains, d'une indisponibilité qui ne prendra fin qu'avec sa vie. Eh bien dans vos arrêts vous avez dit, par deux fois, que la clause était nulle, si l'interdiction d'aliéner avait pour résultat de mettre, « *pendant un long temps* » les biens légués hors de la circulation...

Une dernière réflexion nous frappe, dit le Rapporteur : la disposition d'inaliénabilité qui nous occupe étant supposée valable, elle pourrait se trouver écrite dans un grand nombre de testaments, et que deviendrait alors la libre circulation des biens si importante en économie politique et toute d'ordre public et d'intérêt général ».

L'arrêt (3) admit le système du conseiller Barafort, par des motifs dont certains semblaient repousser la validité de toute clause stipulée en faveur du gratifié seul, mais en indiquant cependant qu'elle réservait la validité des clauses écrites pour un temps moins long que la vie du gratifié: « Attendu, dit l'arrêt que dans l'espèce la disposition testamentaire portant défense à la légataire d'aliéner les objets légués est réellement absolue en ce qui concerne cette der-

(1) *Droit civil français*, 5e édit. t. VII, § 692.

(2) *Répertoire*, vo héritiers, section 7, n· 2 bis.

(3) Req, 19 mars 1877; D. P. 79, 1, 456.

nière, puisque ces objets sont frappés entre ses mains d'une inaliénabilité qui ne doit prendre fin qu'avec sa vie ».

L'argument qui a décidé la jurisprudence est bien celui qu'indique cet arrêt : a l'égard du gratifié, une prohibition d'aliéner qui doit durer toute sa vie ne saurait être plus absolue. Il y aurait là un propriétaire à qui serait toujours interdit l'exercice du droit de disposer, un des éléments du droit de propriété ; ce qui serait contraire à la notion même du droit de propriété, non moins qu'aux intérêts économiques. En réalité, sans qu'elle le dise expressément, la jurisprudence sent bien qu'il est difficile de justifier théoriquement la défense d'aliéner stipulée au profit du gratifié, et elle en restreint la portée le plus possible.

Cependant, dès que la défense n'est pas étendue à la vie entière du gratifié, elle peut être validée par la jurisprudence ; par exemple, quand elle doit durer jusqu'a son établissement par mariage. Sans doute, dans une espèce jugée par la Cour de Paris (1), un double terme avait été fixé ; l'un incertain, le mariage ; l'autre certain, un âge déterminé pour le cas où le gratifié ne serait pas marié avant cet âge. Dans cette hypothèse, la durée de l'interdiction d'aliéner ne pouvait, quoiqu'il pût arriver, dépasser un temps déterminé, soumis à l'appréciation des juges.

Mais la clause de la défense d'aliéner jusqu'au mariage du gratifié a été validée par la jurisprudence, même au cas où elle n'était combinée avec aucun terme certain, de sorte qu'elle pouvait se perpétuer éventuellement si le gratifié mourait célibataire (2). Il doit avoir paru aux juges que la défense n'était pas absolue pour le gratifié, tant que l'évè-

(1) 14 juin 1883, S. 84, 2, 171.

(2) Paris, 16 février, 1859, Dall. Repert. Supplément v° *Dispositions entre vifs et testamentaires*, n° 60.

nement d'une condition lui permettait d'espérer sa cessation.

Il est cependant difficile de justifier, en la rapprochant de ce dernier arrêt, la décision qui repousse la validité d'une défense d'aliéner, écrite au profit d'une femme mariée sous le régime de la communauté et pour toute la durée du mariage. Cette défense n'aurait pas le caractère absolu, puisqu'elle pourrait cesser du vivant de la femme gratifiée, si celle-ci survivait à la dissolution du mariage (1). Cette décision s'explique néanmoins parce qu'à l'époque où elle a été rendue, la jurisprudence était encore défavorable aux défenses d'aliéner stipulées au profit du seul gratifié. Chose curieuse, nous trouvons dans le réquisitoire du Procureur général Pinard le germe de cette idée qu'une inaliénabilité stipulée pour la durée du mariage, l'est pour la vie de l'époux gratifié. La clause qu'il demande de valider n'est pas comparable à l'inaliénabilité du régime dotal, parcequ'elle n'est pas destinée à durer autant que la vie du gratifié.

Remarquons ici cette conséquence singulière qui résulte du rapprochement des décisions de la jurisprudence. Un donateur ou un testateur pourra, s'il gratifie plusieurs personnes, imposer à chacune d'elles la défense d'aliéner pendant la durée de la vie des autres, de sorte que chacun des gratifiés devra respecter cette défense jusqu'au jour où il survivra seul ; si le disposant ne laisse qu'un héritier unique, il ne pourra lui imposer cette défense pour la durée de sa vie.

Le temps ne sera pas trop long, si le terme est la mort du disposant ou du tiers ; il sera trop long, si le terme est la mort du gratifié.

(1) Caen, 18 décembre 1849, S. 50, 2, 497.

Toutefois, il faudra bien tenir compte en ces matières des dispositions expresses du Code civil. Ainsi, les tribunaux ont annulé certaines défenses d'aliéner, imposées à des héritiers appelés à recueillir des parts indivises, parceque cette interdiction, empêchant la licitation des biens indivis, tendait indirectement à obliger les héritiers à rester dans l'indivision. Dans ce cas la défense d'aliéner devait être déclarée illicite dès qu'elle excédait une durée de cinq années, par application de l'article 815 du Code civil (1).

Sans insister sur des décisions de ce genre, d'un caractère exceptionnel, il est un cas que nous devons examiner et où les règles exposées relativement à la durée de la défense d'aliéner doivent fléchir, parceque, malgré son caractère indéfini dans le temps, la défense n'est pas absolue : c'est lorsque le disposant n'interdit pas de céder la propriété à n'importe qui, mais défend de la transmettre à telle ou telle personne déterminée par lui.

En ce cas, la jurisprudence admet avec raison que la prohibition, bien qu'elle puisse être perpétuelle, n'est pas absolue, car l'aliénation restant possible au profit des personnes autres que celles qu'a visées le disposant, le bien n'est pas hors du commerce. L'acquéreur n'est donc pas privé du droit de disposer, attribut nécessaire de la propriété ; l'ordre public n'est pas menacé par le danger d'une mainmorte. Nous pouvons ajouter que la durée de l'inaliénabilité sera réduite à la durée de la vie des personnes auxquelles le gratifié ne doit pas transmettre la propriété, ce qui nous ramène à la règle formulée plus haut : le temps n'est pas trop long quand le terme est fixé à la mort d'un autre que le gratifié.

Cette dernière considération permettrait aujourd'hui faci-

(1) Trib. Bruxelles, 18 nov. 1863, *Belgique judiciaire*, 64, 67.

lement de valider ces défenses d'aliéner. Mais il est à remarquer que leur caractère relatif leur a valu, à très juste titre, les exceptionnelles faveurs de la jurisprudence, dès l'époque où la défense d'aliéner, absolue quant aux personnes, était unanimement annulée même quand elle était temporaire. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de Bruxelles validait en 1817 la clause d'un testament par laquelle il était interdit au légataire de disposer, en faveur de sa femme, de la propriété ou de l'usufruit des choses léguées.

En résumé, nous exprimerons la première condition exigée par la jurisprudence pour la validité de la défense d'aliéner en disant : la prohibition ne doit pas être absolue quant à la durée ou quant aux personnes auxquelles il est interdit de transmettre.

### Section II. — *La prohibition d'aliéner doit être destinée à sauvegarder un intérêt légitime*

Pour que la jurisprudence reconnaisse exceptionnellement la validité de la prohibition d'aliéner, il ne suffit pas que cette défense soit stipulée pour un temps relativement court ; il faut, de plus, qu'elle soit justifiée par l'intérêt légitime du disposant lui-même, d'un tiers ou du gratifié.

Suivant une nombreuse série d'arrêts (1), la prohibition que ne motiverait aucun de ces intérêts légitimes ne constituerait qu'un simple conseil, un *nudum præceptum*, comme l'admettaient déjà le droit romain et la plupart des décisions de nos anciens parlements.

(1) Voir notamment l'arrêt de la cour de Douai du 23 juin 1851 : D. P. 52, 2, 245.

C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour d'Alger du 20 janvier 1879 (1) déclare que la défense d'aliéner doit être réputée non écrite, alors qu'en fait elle n'est justifiée ni par l'intérêt légitime du disposant puisqu'il s'agit d'un testament, ni par des garanties en faveur des autres légataires, ni même par l'intérêt du légataire universel. Cet arrêt indique bien *a contrario* que la jurisprudence est disposée à valider les défenses d'aliéner justifiées par l'intérêt de l'une des trois catégories de personnes qu'il énumère. Tel est en effet le système de la jurisprudence. Mais tout intérêt, de quelque nature qu'il soit, ne suffit pas pour valider la défense d'aliéner ; il faut que cet intérêt soit d'un caractère particulier que nous allons maintenant déterminer dans les trois cas.

§ 1^er^. — *Intérêt du disposant.*

Tout d'abord, il faut remarquer que cette défense d'aliéner ne peut concerner que les biens sur lesquels le disposant a eu un droit réel et qu'il transmet à celui qui promet de ne pas aliéner. La jurisprudence ne tolère pas que le donataire s'engage, à l'occasion de la donation, à ne pas aliéner des biens dont ils est déjà propriétaire. Il ne peut pas, même pour acquérir des biens nouveaux qui lui sont donnés sous cette condition, s'engager à ne pas aliéner tout ou partie de son patrimoine personnel. Cette défense d'aliéner imposée par le donateur peut être comparée à une partie qu'il retient de son domaine au moment où il le transmet et il ne peut l'acquérir, comme on disait en droit romain à propos des servitudes, que par voie de *deductio* et non par voie de *translatio* : on se réserve ce droit ; on ne l'acquiert pas sur un bien qui ne faisait pas antérieurement

(1) Dall. 79, 2, 143.

partie de son patrimoine. C'est ce qui résulte de l'arrêt de la Cour d'Orléans et de l'arrêt confirmatif de la Chambre civile de la Cour de cassation que nous avons déjà cités (1).

En second lieu, faut-il pour que le donateur puisse valablement imposer la défense d'aliéner au donataire qu'il se réserve un droit réel sur la chose donnée? Devra-t-on appliquer à notre époque le principe contenu dans la loi romaine et ne rendre efficace que la défense d'aliéner stipulée à son profit par l'aliénateur qui s'est réservé un droit réel sur la chose ? Nous avons vu quelles applications la jurisprudence du moyen âge et de l'ancien droit dans sa période plus récente avaient faites de cette loi. Notre jurisprudence moderne n'exige pas que le donateur ait conservé sur la chose un droit réel; si elle repousse comme insuffisant le simple intérêt moral, elle accepte la simple espérance du retour successoral.

Le premier arrêt qui reconnut la validité de la défense d'aliéner stipulée par l'aliénateur à son profit fut précisément rendu dans cette hypothèse qui s'est plusieurs fois depuis lors présentée en jurisprudence (2). Il constate que la défense d'aliéner est justifiée par l'intérêt du donateur à se ménager le retour successoral que lui fait espérer l'article 747. Cela est très vrai, sans doute, car l'article 747 ne permet l'exercice de ce droit de retour que si les biens se retrouvent en nature dans la succession : c'est une des conditions de la vocation de l'ascendant donateur à cette succession anomale.

Mais en est-il de même quand le donateur s'est formellement réservé le droit de retour dans l'hypothèse du droit de retour conventionnel? Le même arrêt de 1842 vise la

(1) Orléans 30 déc. 1893; Cass. ch. civ. 22 juillet 1896, D. P. 98, 1, 17.

(2) Angers 29 juin 1842, D. P. 46, 163.

question dans ses motifs, bien qu'elle ne se pose pas dans l'espèce qu'il avait à juger. La Cour d'Angers oppose le cas de retour conventionnel au cas de retour légal, et après avoir admis que dans la seconde hypothèse le donateur à un intérêt suffisant, il ajoute : « qu'en outre.., à la différence du retour conventionnel, la réversion au profit de l'ascendant donateur n'a pas pour effet de résoudre l'aliénation des biens donnés ». Il semble donc que, pour les juges d'Angers, le donateur, qui s'est réservé le droit de retour conventionnel, n'a pas un intérêt suffisant pour stipuler valablement la défense d'aliéner et ils en donnent un motif qui paraît péremptoire : la loi elle-même résout les aliénations consenties par le donataire, en cas d'ouverture de retour conventionnel : quel intérêt peut bien avoir le donateur à stipuler l'inaliénabilité?

Cependant un arrêt de la Cour de Douai (1) reconnaît que la clause portant inaliénabilité du bien donné devrait être respectée « en tant qu'elle avait pour objet de sauvegarder le droit de retour que s'était expressément reservé la donatrice. » On découvre ici un intérêt de fait et non de droit : le donateur peut, en connaissant les qualités de bon administrateur du donataire, compter retrouver les biens en bon état au cas où le retour conventionnel s'ouvrirait à son profit; il peut craindre, au contraire, de les voir péricliter dans les mains de tiers acquéreurs.

Le cas le plus fréquent de validité des défenses d'aliéner, c'est celui où le donateur s'est réservé un droit d'usufruit sur la chose donnée par lui. Ici encore, ce n'est pas un intérêt de droit, c'est un intérêt de fait seulement que peut invoquer le disposant. Il est bien évident qu'en droit il pourrait opposer son usufruit à tout acquéreur dans la

(1) Douai, 23 juin 1851, D. 52, 2, 215.

même mesure et de la même manière qu'au donataire lui-même. Il a cependant intérêt à l'exercer à l'égard d'un propriétaire qu'il connaît, qui est son obligé et dont il peut se promettre le respect et la condescendance (1). Un arrêt de la Cour de Lyon du 12 juin 1856 (2) avait refusé de reconnaître la validité d'une telle interdiction d'aliéner et n'avait pas même consenti à apprécier l'influence de l'existence de l'usufruit stipulé au profit du donateur. Cet arrêt fut cassé et la Cour de Cassation décida que la défense d'aliéner se justifiait par l'intérêt du père usufruitier (3). Depuis lors, les arrêts n'ont cessé de considérer que le donateur avait un intérêt suffisant à stipuler l'interdiction d'aliéner, dès lors qu'il se réservait l'usufruit des biens donnés.

Bien qu'il ne soit pas intervenu d'arrêts pour l'hypothèse où le donateur se serait réservé, non plus un droit d'usufruit, mais un droit d'usage ou d'habitation, il est évident que la jurisprudence validerait dans ce cas *a fortiori* la défense d'aliéner stipulée au profit du donateur. Ainsi que le fait remarquer Demolombe (4), les inconvénients qui pourraient résulter dans ce cas d'une aliénation seraient nécessairement plus désagréables pour le donateur qu'en cas d'usufruit.

§ 2. — *Intérêt d'un tiers.*

C'est l'arrêt de la Cour de Douai du 27 avril 1864 (5) qui a inauguré la jurisprudence nouvelle favorable aux prohibitions d'aliéner écrites au profit des tiers.

(1) Voir l'opinion contraire développée par Laurent, tome 11, n° 463.

(2) D. P. 56, 2, 224.

(3) Voyez dans ce sens Demolombe, *des Donations et testaments*, tome 1, n° 295.

(4) V. Demolombe, *loc. cit.*

(5) D. P. 1864, 2, 90.

Les tiers dont il s'agissait au procès solutionné par cet arrêt étaient les co-légataires des personnes auxquelles étaient attribués certains biens avec défense d'aliéner ; il était dit dans le testament que les biens donnés aux uns ne pourraient pas être aliénés tant que dureraient les pensions viagères léguées aux autres, c'est-à-dire jusqu'à la mort de ces derniers.

Les objections ne manquaient pas contre la validité de cette clause et nous les trouvons rappelées dans le jugement du Tribunal de Saint-Omer que réfute le réquisitoire du Procureur général Pinard, ainsi que dans M. Laurent (1) qui n'admet pas la solution de la jurisprudence. On disait : les crédi-rentiers n'ont aucun besoin de cette garantie que veut leur assurer le testateur : leur legs de rente viagère leur confère une hypothèque légale en vertu de l'article 1017 du Code civil et un privilège en vertu de l'article 2111. La Cour de Douai ne s'arrêta pas à ces objections : le testament est clair et précis, il doit sortir à effet. D'ailleurs, on pouvait répondre directement aux arguments invoqués par la tribunal que les articles 1017 et 2111 ne pouvaient garantir un droit de suite aux légataires de renté viagère qu'au cas où les mesures de publicité édictées par ces articles auraient été régulièrement exécutées et que cette obligation leur faisait courir des dangers sérieux qui leur étaient évités par la défense d'aliéner.

Il résultait donc de l'arrêt de Douai d'abord que la défense d'aliéner stipulée au profit de tiers était valable et de plus qu'elle se justifiait, bien que les tiers puissent déjà invoquer des garanties sérieuses fournies par le droit commun.

Mais l'arrêt ainsi que le réquisitoire, posaient en principe qu'il fallait que l'intérêt des tiers fut véritablement une des

(1) *Loc. cit.*

causes, sinon la cause unique de la disposition. Il ne faut pas que l'intérêt des tiers soit invoqué pour faire fraude à la loi qui, de l'aveu de tous, n'admet pas une prohibition d'aliéner injustifiée. Mais après avoir reconnu théoriquement la possibilité d'annuler cette clause en cas de fraude, le réquisitoire et l'arrêt rendent cette menace à peu près illusoire, puisqu'ils déclarent que jamais la fraude ne pourra résulter de la disproportion, manifeste cependant dans l'espèce, entre une rente viagère de peu d'importance et le patrimoine très considérable que l'on ne devra pas aliéner afin que le paiement de cette rente viagère soit garanti.

Le Tribunal de Saint-Omer avait cru voir dans cette disproportion la preuve que ce n'était vraiment pas dans l'intérêt des légataires de rentes viagères que la défense d'aliéner avait été insérée dans le testament. La Cour de Douai, au contraire et après elle la Cour de Cassation ont estimé que les testateurs étaient les maîtres absolus de garantir dans la mesure qui leur paraissait utile des obligations qu'ils imposaient à leurs héritiers.

L'intérêt des tiers peut être non plus un intérêt de droit, comme l'octroi d'une garantie supplémentaire, ainsi que nous venons de le voir dans l'hypothèse de l'arrêt de Douai mais même un simple intérêt de fait. Nous trouvons un exemple d'un intérêt de cette nature dans l'arrêt de la Cour de Cassation du 9 mars 1868 (1). Une testatrice avait légué l'usufruit à son neveu et la nue propriété aux enfants de son neveu. Elle avait interdit au père d'aliéner son usufruit. Il est à peine besoin de faire remarquer que la prohibition des substitutions ne pouvait s'opposer en rien à la validité de cette clause qui ne constitue nullement une substitution fidéicommissaire. C'était une défense d'aliéner écrite dans

(1) Sirey, 1868, 1, 204.

l'intérêt des enfants, disent les arrêts de la Cour de Poitiers et de la Chambre des Requêtes. La Cour de Poitiers déclare que la testatrice a voulu prévenir toute sorte de conflits entre les divers légataires en maintenant l'usufruit sur la tête de personnes unies par des liens de parenté et des affections de famille avec les héritiers institués pour la nue propriété. C'est bien ici ce même intérêt de fait, qui est cependant encore un intérêt matériel et non un intérêt purement moral que nous avons vu invoquer plus haut par la jurisprudence pour valider la défense d'aliéner dans l'hypothèse où le donateur lui-même s'est réservé l'usufruit sur les biens dont il prohibe l'aliénation. Le caractère de cet intérêt de fait est fort bien indiqué dans le rapport du Conseiller à la Cour de Cassation (1).

Il semble qu'il ne suffit pas que les tiers au profit desquels la défense d'aliéner est écrite aient à son observation un intérêt quelconque. Ils doivent avoir reçu en outre un droit ou un legs de la part du disposant, il faut qu'ils soient les co-gratifiés de celui auquel la défense est imposée. La défense qui pourrait garantir indirectement les intérêts des tiers ne serait pas admise par la jurisprudence, si ces tiers n'étaient en aucune façon les ayants cause du disposant.

C'est la doctrine qui résulte d'un arrêt de la Cour d'Alger du 20 janvier 1879 (2). Un testateur avait légué sa fortune à son neveu et lui avait interdit d'aliéner jusqu'à l'époque où ses enfants, dont le plus jeune avait huit ans au temps du décès, auraient atteint l'âge de vingt-cinq ans. Le testateur n'avait fait aucune libéralité au profit de ces enfants.

(1) Sirey, *loco citato*. — C'est le même intérêt de fait de l'usufruitier qui justifiait en partie une défense d'aliéner dont la validité a été reconnue par un arrêt de la Cour de Paris du 9 mars 1900, D. 1901, 2, 505.

(2) D. 79, 2, 143,

Ceux-ci avaient certainement intérêt à l'exécution de la défense d'aliéner, car si elle était respectée pendant le délai indiqué par le testateur, ils avaient un espoir sérieux de voir augmenter leur réserve. Cependant la Cour d'Alger n'hésite pas à déclarer que la clause ne pourrait être validée comme écrite dans l'intérêt des enfants.

Cet arrêt ajoute, d'ailleurs bien à tort semble-t-il, que la clause, si elle était valable, n'aurait pu que déguiser une substitution prohibée au profit des enfants. Cela n'est pas exact, car le père n'était pas tenu d'après le testament de conserver les biens jusqu'à sa mort et de les rendre à ses enfants.

### § 3. — *Intérêt du gratifié.*

La défense d'aliéner justifiée par l'intérêt personnel du gratifié a paru toujours moins favorable à la jurisprudence. Nous avons vu qu'elle avait admis sa validité à une époque toute récente et avec plus de difficultés qu'elle ne l'avait fait pour les deux premières catégories. Il faut ajouter que toutes les fois qu'une prohibition d'aliéner peut se justifier par l'intérêt d'un tiers et par l'intérêt du gratifié, les Cours d'appel indiquent les deux motifs de validité et la Cour de Cassation a une tendance à ne retenir comme base de sa décision que l'intérêt du tiers (1).

(1) Voyez dans ce sens l'arrêt de la Cour de Poitiers du 18 juin 1866 et l'arrêt confirmatif de la Chambre des Requêtes du 9 mars 1868. précédé du rapport du Conseiller rapporteur, Sirey, 1868, 1, 204.

V. aussi arrêt d'Amiens du 30 novembre 1900. *Rec. d'Amiens* 1901, 1, 406.

Cependant la Cour de Paris dans un arrêt déjà cité du 9 mars 1900 rapporté au Dalloz 1901, 2, 505 tient compte de l'intérêt du gratifié et de l'intérêt du tiers.

Il s'agissait de la clause par laquelle un testateur disposait que la nue propriété de ses biens serait inaliénable tant que durerait l'usufruit

Dans les arrêts qui ont validé les défenses d'aliéner qu'ils reconnaissaient écrites dans l'intérêt du gratifié seul, c'est généralement la même intention que l'on prête au disposant : le désir d'empêcher que le gratifié ne soit amené par son jeune âge, son inexpérience ou sa qualité de célibataire à dissiper sa fortune.

C'est en raison de ses goûts ou de son état, que lui est imposée l'obligation de ne pas aliéner jusqu'à ce qu'il est atteint un âge déterminé ou bien jusqu'au moment de son mariage.

Le but poursuivi est très moral, disent les arrêts et les auteurs favorables à la jurisprudence : il s'agit de prévenir la dissipation de la fortune par le légataire. La prohibition ne peut d'ailleurs être imposée que pour un bref délai. De la sorte, affirment les arrêts, il ne peut y avoir échec au principe général qui peut entraîner la nullité d'une prohibition absolue. Il ne saurait être question de mainmorte, ni de mise hors de commerce (1).

Il est vrai que cet argument touche peu les adversaires de la validité de notre clause. Ceux-ci répondent surtout, qu'en assurant l'exécution de la prohibition écrite dans le seul intérêt du gratifié, on sanctionne une sorte d'incapacité

attribué à un tiers et même après l'extinction de cet usufruit jusqu'au mariage ou jusqu'à la vingt-cinquième année des légataires de la propriété.

Contrairement à un jugement du Tribunal de Versailles du 23 février 1897, la Cour de Paris a estimé que cette défense d'aliéner était valable, quant au double but qu'elle poursuivait.

(1) Rennes, 16 février 1876, sur Cass. 11 juillet 1877, Dall. 78, 1, 62. La Cour de Rouen vient encore de déclarer licite la condition de ne pas aliéner et de ne pas hypothéquer des immeubles pendant dix ans, Rouen 1er février 1902, *Le Droit*, 16 mars 1902, *Gaz. des tribunaux*, 24 mars 1902.

non prévue par la loi et résultant de la volonté du disposant (1).

Toute une série de jugements et d'arrêts de Cours d'Appel ont accueilli favorablement et sanctionné la prohibition d'aliéner imposée non plus par le désir d'empêcher les prodigalités du gratifié pendant quelque temps, mais bien toute sa vie. Il s'agit du cas où la défense d'aliéner serait valable parce qu'elle s'applique à un legs qui présente le caractère alimentaire. La Cour de Cassation n'a pas admis la validité dans ce cas, refusant même pour assurer des aliments au gratifié, de valider une défense d'aliéner qui, stipulée pour la durée de la vie entière présenterait une duréetrop longue, selon les principes que nous avons exposés plus haut.

Les Cours d'Appel qui avaient validé ces défenses d'aliéner avaient invoqué un argument assez spécieux et qui reposait sur une extension, abusive d'après la Cour de Cassation, de l'article 581 du Code de procédure civile. Cet article dispose que sont insaisissables : «... 3° les sommes et objets disponibles déclarés insaisissables par le testateur ou le donateur ; 4° les sommes et pensions pour aliments, encore que le testament ou l'acte de donation ne les déclare pas insaisissables ». Certaines Cours d'Appel ont voulu assimiler l'incessibilité à l'insaisissabilité et elles ont cru trouver dans l'article 581 ainsi complété par elles une base suffisante pour valider les défenses d'aliéner, même perpétuelles, imposées à un gratifié dans son propre intérêt, dès lors que le legs ou la donation qu'il recueillait était affecté du caractère alimentaire.

« Attendu, dit un arrêt de la Cour de Rouen (2), que l'ar-

(1) Laurent, *loc. cit.*

(2) Rouen, 9 juillet 1895 sur Cass. 8 nov. 1897 ; Dall. 98, 1, 47.

ticle 581 du Code de procédure civile déclare insaisissables les sommes et les objets disponibles stipulés insaisissables par le testateur ou le donateur, les sommes ou pensions pour aliments, encore que le testament ou la donation ne les déclare pas insaisissables ; qu'en principe, Denise père avait le droit de déclarer *incessibles* et *insaisissables* les sommes et objets par lui légués à son fils, pourvu qu'ils fussent disponibles... ».

Mais cet arrêt qui pose très clairement le principe de l'extension à l'incessibilité de l'article 581 qui vise seulement l'inaliénabilité a été cassé par l'arrêt précité de la Cour de Cassation (1). Et, à ce propos, la Cour suprême s'exprime de la sorte : « Attendu que si l'article 581 du Code de procédure civile autorise le donateur ou le testateur à déclarer insaisissables les objets donnés ou légués, aucun texte de loi ne lui permet de les frapper d'indisponibilité entre les mains du bénéficiaire, alors même que la libéralité aurait été faite à titre alimentaire ;... attendu qu'en déclarant que cette clause d'incessibilité absolue a pu être valablement inscrite... par l'unique motif que l'article 581 du Code de procédure civile, permet au testateur de déclarer insaisissables les objets légués, l'arrêt attaqué à faussement interprété les termes de cet article et violé les dispositions de l'article 900 du Code civil. »

Cette décision de la jurisprudence est parfaitement conforme à l'esprit du Code de procédure, révélé par les travaux préparatoires. Les rédacteurs du Code de procédure, quand ils ont permis au donateur ou au testateur de déclarer insaisissables les sommes ou objets dont il disposait, ont eu bien soin d'indiquer que cette insaisissabilité n'entrainait pas nécessairement avec elle l'incessibilité. On en

(1) Cass. Chambre civile, 8 nov. 1897, Dall. 98, 1, 47.

trouve la preuve dans le passage suivant du rapport du Tribunat : « La grande majorité de la section a pensé, au contraire, que les dispositions de l'article 581 n'avaient rien de contraire au Code civil ; que ce n'était pas mettre les biens hors du commerce, même momentanément, puisque la chose, *quoique insaisissable* n'était pas inaliénable ». Le caractère alimentaire, la déclaration d'insaisissabilité de la part du disposant n'entraînent pas nécessairement l'incessibilité, et la défense d'aliéner qui peut accompagner la déclaration d'insaisissabilité n'acquiert aucune efficacité nouvellle par l'effet de ce rapprochement. Sa validité doit être appréciée selon les règles admises par la jurisprudence et que nous avons exposées jusqu'ici. Il en résulte que ces défenses d'aliéner des legs alimentaires sont toujours nulles ; elles sont stipulées dans l'intérêt du gratifié et elles sont destinées à produire leur effet pendant toute la vie du gratifié ; elles sont donc absolues à son égard et doivent être réputées non écrites, conformément aux règles reçues par la jurisprudence.

Ce résultat des principes admis par les arrêts est regrettable, ce nous semble ; car, ainsi que le font remarquer certaines décisions, l'Etat a soin de déclarer incessibles en même temps qu'insaisissables les pensions à caractère alimentaires qu'il attribue à ses fonctionnaires militaires ou civils, la loi a imposé ce double caractère aux petits salaires dans une large mesure ; les lois sur les sociétés de secours mutuels complétées par une loi toute récente imposent l'incessibilité aux arrérages des petites rentes viagères constituées par les sacrifices des intéressés eux-mêmes. Il paraît donc que les disposants feraient œuvre utile et digne d'approbation, en imposant l'inaliénabilité des biens légués ou donnés par eux à titre alimentaire. La jurisprudence ne se croit pas autorisée à sanctionner ces

dispositions. Elle estime que, sur ce point, la loi seule peut innover.

On s'est demandé si la règle qui répute trop longue l'inaliénabilité stipulée pour toute la durée de la vie du gratifié ne doit pas fléchir lorsque cette inaliénabilité porte, non plus sur la propriété, mais seulement sur l'usufruit. La défense de céder un usufruit ne peut, dit-on, entraîner les graves inconvénients de la mise hors du commerce de la propriété elle-même. Le nu propriétaire peut toujours aliéner; le bien, quant à la propriété, reste dans le commerce. Mais on objecte que le droit du gratifié est frappé d'indisponibilité absolue pendant toute sa vie ; le gratifié n'a reçu en libéralité que l'usufruit et c'est l'usufruit qu'il lui est interdit d'aliéner. « Les particuliers, dit l'art. 537 C. civ., ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent » et l'inaliénabilité pour toute la durée de sa vie enlève absolument à l'usufruitier la disponibilité de tout son bien. Un arrêt de la Cour de Paris (1) et un jugement du tribunal de la Seine (2) valident cette clause d'inaliénabilité et d'insaisisabilité pendant toute la vie du gratifié d'un usufruit constitué à titre alimentaire.

Mais la Cour de Paris dans un arrêt antérieur du 26 juillet 1898 (3) rendu à propos d'une rente viagère, c'est-à-dire d'un droit dont la ressemblance avec l'usufruit est manifeste, avait annulé la défense d'aliéner par le motif que cette défense, devant durer autant que la vie du gratifié, était stipulée pour un temps trop long.

Il faut donc conclure pour les droits viagers, comme

(1) Paris 21 mai 1901, *Gaz. des Trib.* 2 septembre, 1901.

(2) Jug. rapporté sous un arrêt de la Cour de Paris du 5 novembre 1901 ; Dal. 1902, 1, 89.

(3) Dall. 99, 2, 24.

pour le droit de propriété lui-même, que sauf quelques dissidences, la tendance de la jurisprudence est de ne pas valider la défense d'aliéner imposée pour la durée de la vie du gratifié, même quand la libéralité affecte le caractère alimentaire.

Quand le gratifié est une personne morale et que c'est dans son intérêt que l'inaliénabilité est stipulée, il est naturel que les tribunaux annulent cette clause. Nous savons que, dans notre droit contemporain, la mainmorte est vue avec défaveur; il faut d'ailleurs reconnaître qu'il y aurait des dangers particuliers dans une mainmorte inaliénable. Les personnes civiles ou morales ne mourant pas, dès que l'inaliénabilité ne serait pas limitée à un petit nombre d'années, ce qui n'est guère concevable, elle serait destinée à durer pendant un temps indéterminé. C'est bien, par excellence, ce temps trop long pour lequel la jurisprudence n'admet pas que la défense d'aliéner soit écrite, surtout au profit du gratifié.

Telle est bien la solution consacrée par l'arrêt de la Cour de Cassation du 20 mai 1879 (1) qui déclare nulle et répute non écrite la clause d'inaliénabilité insérée dans le legs fait à une commune des biens destinés à la fondation d'une maison de charité.

Le Tribunal de Cusset par un jugement du 20 décembre 1888 (2) a qualifié de simple précepte non obligatoire la prohibition d'aliéner les biens légués à un bureau de bienfaisance.

La Cour de Paris par un arrêt du 10 juin 1887 annulait la clause par laquelle un testateur prohibait d'aliéner

(1) D, 79, 1, 431.

(2) D, 92, 3, 451.

ou de grever de servitude la totalité de ses biens légués à plusieurs communes.

Et la Cour de Besançon le 26 mars 1891 déclarait nulle et non écrite la clause d'inaliénabilité frappant des biens affectés à une fondation. A propos de cet arrêt, M. Beudant a établi le principe que la fondation n'impliquait pas nécessairement l'inaliénabilité : « autre chose, dit-il, est l'inaliénabilité, autre chose l'affectation à une œuvre même perpétuelle. Ce qui sera affecté en cas de fondation, c'est le capital constitué pour le service d'une idée, ce ne sont pas les biens dont ce capital se composent qui restent sous l'empire du droit commun. » (1)

C'est conformément à ces idées que la Cour de Caen se refusait dans son arrêt du 30 avril 1895 à voir une condition d'inaliénabilité dans l'affectation de l'immeuble légué à l'usage d'orphelinat et de salle d'asile, le légataire conservant la faculté d'aliéner l'immeuble à charge d'imposer l'obligation d'exécuter la volonté du testateur (2).

Mais, s'il y a inaliénabilité, d'après la jurisprudence, la personne morale au profit de laquelle elle est insérée ne jouit pas d'une décision de faveur et la solution est invariable que la personne morale bénéficiaire de la clause soit gratifiée directement ou qu'elle soit un tiers dans l'acte de disposition.

(1) Besançon 26 mars 1891 et note de M. Beudant, Dal, 93. 2, 1.
(2) Caen 30 avril 1895, *le Droit* 1er août 95.

## CHAPITRE III

### Actes prohibés par la défense d'aliéner

La défense d'aliéner peut être expressément restreinte à certains actes de disposition et à certains démembrements de la propriété.

Il est certain que le donateur ou le testateur est libre de n'interdire que tel ou tel mode d'aliéner, à titre gratuit, par exemple, et de permettre le mode d'aliénation à titre onéreux. Cette restriction est pleinement admise par la jurisprudence qui déclare valables les modes d'aliénation non expressément prohibés. Elle en tire même cette conséquence que la défense n'est plus dès lors absolue et elle la valide pour un temps qui eut pu paraître long dans le cas où tout mode d'aliénation eut été prohibé.

On peut voir la justification de cette remarque dans un arrêt de la Cour de Montpellier du 22 avril 1863, rapporté sur l'arrêt de la Cour de Cassation qui le confirme (1). Un testateur ayant défendu simplement d'aliéner par testament, la Cour de Montpellier déclare qu'il n'y a pas lieu d'appliquer la disposition de l'article 900 du Code civil, c'est-à-dire de réputer, non écrite, cette clause, comme entraînant une défense absolue d'aliéner.

Mais le disposant peut n'avoir rien prévu dans le détail. Il a simplement interdit d'aliéner en termes généraux. Faudra-t-il en conclure qu'il a exclu tous actes de dispositions entre vifs et à cause de mort, tous modes d'engagements des

(1) Cass. 11 Août 1864, Sirey 64, 1, 436.

biens transmis par lui, et, en second lieu, qu'il a interdit de céder, non seulement la propriété, mais tous les démembrements de cette propriété, en particulier qu'il a interdit la constitution d'une hypothèque ?

Sur cette question une première remarque s'impose, c'est que la jurisprudence ne reconnaît qu'exceptionnellement la validité de la prohibition d'aliéner. Elle devrait donc logiquement en restreindre la portée en cas de doute.

En réalité, ce n'est pas en droit que les arrêts ont prononcé sur la question générale que nous posons ici. Ils ont statué sur des espèces et la Cour de Cassation a même déclaré plusieurs fois que les juges du fait étaient souverains pour décider si tel mode d'aliénation était ou non prohibé par la clause contenue dans la donation ou dans le testament, si cette clause interdisait seulement l'aliénation proprement dite ou toute autre disposition partielle ou indirecte du bien déclaré inaliénable.

Nous ne pouvons agir, par conséquent, autrement que la jurisprudence, et nous examinerons simplement, les difficultés qui se sont présentées en pratique.

Il est d'abord bien évident que tous les actes de transmission de la propriété entre vifs, sont prohibés par la défense d'aliéner conçue en termes généraux. Cela n'est douteux ni pour la vente, ni pour la cession, s'il s'agit de droits incorporels, ni pour la donation entre vifs. Mais la question a été discutée en ce qui concerne l'institution contractuelle.

On objectait que la défense d'aliéner, imposée dans cette espèce à la gratifiée jusqu'à l'époque où elle aurait atteint l'âge de vingt cinq ans, ne visait que les actes par lesquels celle-ci aurait pu conférer à un tiers des droits actuels qui auraient eu pour résultat de la dépouiller de son vivant. Or, tel n'est pas l'effet d'une institution contractuelle qui

change seulement l'ordre de dévolution de la succession du gratifié. La Cour de Rennes déclara que l'intention de la testatrice avait été d'atteindre un double but : sauvegarder sans doute les intérêts de la gratifiée qu'une institution contractuelle ne pouvait compromettre, mais l'empêcher aussi dans une certaine mesure et pour un certain temps, de disposer, au détriment de ses frères, que la même testatrice avait gratifiés dans le même testament et sous les mêmes conditions d'inaliénabilité (1).

La Cour de Cassation admit que « en décidant par une interprétation souveraine, que la défense d'aliéner comprenait dans la pensée de la testatrice aussi bien l'institution contractuelle que n'importe quelle autre espèce d'aliénation à titre onéreux ou gratuit, l'arrêt attaqué ne s'était livré qu'à une appréciation de fait qui n'admet pas de contrôle. » Il ne s'agit donc ici, d'après la Cour de Cassation, que d'une question d'interprétation de volonté qui peut varier avec les espèces ; mais il n'en reste pas moins acquis que l'institution contractuelle peut, si telle paraît aux juges avoir été l'intention des parties, être rendue impossible par la défense d'aliéner, au cas, bien entendu, où cette disposition intervient pendant la période pour laquelle cette défense a été imposée par le disposant primitif.

Une difficulté semblable a été soulevée et jugée à propos du droit de disposer par testament. Un disposant a interdit l'aliénation de certains biens, sans dire s'il permettait au bénéficiaire de transmettre par testament. Devait-on valider ou déclarer sans effet le testament fait par le gratifié ? De même que pour le cas de l'institution contractuelle, la Cour de Cassation a déclaré que les juges du fait étaient souverains. L'interprétation de la clause devient donc une

(1) Rennes 16 février 1876 et Cass. 11 juillet 1877 ; Dall. 78, 1, 62.

question d'espèce et l'on peut parfaitement concilier les arrêts rendus en sens contraires par les diverses juridictions sur la difficulté qui nous occupe.

Cependant, il faut reconnaître que la première décision, celle de la Cour de Paris que la Cour de Cassation a refusé de casser par son arrêt du 2 janvier 1838 (1), était intervenue dans l'hypothèse où aujourd'hui le doute serait le moins permis, car le testateur avait interdit d'aliéner de quelque manière que ce fut. La Cour d'appel avait jugé que cette formule n'emportait pas interdiction de disposer par testament. C'est qu'à cette époque on admettait difficilement la validité de la défense d'aliéner. Quand cette validité a été couramment admise, pour le cas, tout au moins, ou la défense était inspirée par l'intérêt du donateur, les arrêts ont consacré la solution contraire (2). Au dessus d'un de ces arrêts, le recueil de Sirey donne le résumé de l'argumentation proposée par l'appelante et à laquelle la Cour à refusé de conformer sa décision. On disait que le mot « tester » n'a pas le même sens que le mot « aliéner » dans le langage courant. Nous aliénons quand, de notre vivant, nous transportons à d'autres une propriété que nous avons. Dans le testament, le dessaisissement n'est point actuel, il n'est pas irrévocable, il n'est pas même volontaire, en ce sens que le testateur ne fait que déclarer, en faveur de quelles personnes il veut que s'opère ce dessaisissement forcé, irrévocable, qu'implique la mort. De plus, tel ne peut aliéner, comme la femme mariée, par exemple, qui peut tester. L'intimée répondait victorieusement à cette argumentation, en faisant remarquer que la défense d'aliéner étant écrite dans

(1) D. 38, 1, 110.

(2) Bourges 14 décembre 1852, D. P. 54, 2, 257. — Paris 15 avril 1858, Sir. 58, 2. 236.

la donation pour permettre à la donatrice, c'est-à-dire à l'intimée ,elle-même, d'exercer un droit de retour successoral, le testament produisait à son égard, au cas où elle survivrait à la donataire, le même effet que tout autre mode d'aliénation : elle était, par l'un et par l'autre, privée de son droit de retour légal, et pourtant elle avait eu le même intérêt à interdire le testament qu'à interdire tout autre mode d'aliénation entre vifs.

Le testament ne peut être atteint dans sa validité par l'interdiction d'aliéner imposée au testateur par le disposant primitif, que si la mort du testateur survient avant celle du donateur qui a stipulé la défense d'aliéner à son profit. Il est évident que, si la défense d'aliéner a été stipulée uniquement en faveur du donateur, elle ne peut plus empêcher les aliénations qui se produisent après la mort de ce donateur : or, la transmission de la propriété par testament implique une aliénation qui s'opère au moment du décès du testateur et la transmission ne peut être critiquée par personne, si le donateur, au profit duquel l'interdiction d'aliéner a été stipulée, est déjà mort.

La jurisprudence n'a pas eu à décider si la défense de tester résulte aussi de la défense d'aliéner au cas où celle-ci est écrite au profit d'un tiers ou du gratifié. Dans le premier cas, peut-être pourrait on admettre que le tiers peut demander la nullité d'un testament qui sortirait à effet pendant sa vie par la mort de celui auquel l'aliénation a été interdite (1). On peut imaginer des hypothèses

(1) Cependant la jurisprudence valide le testament par lequel une femme dotale aliène son bien dotal qui serait inaliénable par un mode d'aliénation entre vifs. Caen 26 janvier 1888; D. 88, 2, 29. Il faudrait étendre cette solution au cas où la jurisprudence permet de stipuler l'inaliénabilité, même hors du régime dotal. Cette doctrine ne contredit pas ce que nous disons au texte, car il s'agit au cas d'inaliénabilité ré-

dans lesquelles il aura un intérêt de fait appréciable à exercer, par exemple, un droit réel sur la chose, en présence d'un héritier *ab intestat*, membre de sa propre famille ou de la famille du disposant primitif, plutôt qu'en présence d'un héritier testamentaire étranger.

Quant au cas où la défense d'aliéner a été inscrite au profit du gratifié lui-même, il est évident que celui-ci peut tester. Le gratifié, seul bénéficiaire de l'interdiction d'aliéner, pourra tester, puisque le testament ne peut porter aucun préjudice à celui qui le fait (1).

Il peut se présenter parfois non pas une défense générale d'aliéner, mais une défense spéciale de tester. Cette prohibition sera valable si l'on estime — et ce sera le plus souvent le cas — qu'elle est inspirée par le désir de sauvegarder les intérêts de la famille du disposant (2). Réservant au gratifié le droit de disposer entre vifs, cette défense de tester ne saurait être confondue avec une substitution, car elle ne contient pas l'obligation de conserver et de rendre, mais seulement celle de laisser ce qui restera aux héritiers *ab intestat*.

La jurisprudence admet aussi la validité de la défense de tester au profit de telle personne déterminée (3). Nous

sultant du contrat de mariage d'une défense d'aliéner au profit du gratifié seul. Or, une telle défense doit expirer avec le gratifié, ainsi que nous le disons dans la suite du texte.

(1) Le testament a pu être dangereux pour celui qui le faisait à certaines époques de l'histoire romaine, lorsque le testament fait sur l'ordre et au profit de l'empereur, impliquait presque toujours l'arrêt de mort du testateur. Aussi trouvons-nous dans le Digeste, le conseil donné par un père à sa fille de ne pas tester dans l'intérêt de sa propre sécurité. F. 77, § 24, D. de legat et f. c. XXXI, II.

(2) Cass. 11 août 1864, D. 64, 1, 468.

(3) Bruxelles 31 janvier 1816, Dalloz Rép. v° dispositions entre vifs, n. 3.546.

avons d'ailleurs déjà constaté que les défenses d'aliéner qui n'interdisent l'aliénation qu'à l'égard de certaines personnes et non à l'égard de tous ne sont pas absolues et sont plus facilement validées.

La jurisprudence a eu à se demander non seulement si la défense générale d'aliéner interdit tels ou tels modes de transmission de propriété, mais encore si cette défense peut empêcher de saisir les biens qu'elle frappe.

Il ne s'agit plus de savoir si la faculté de déclarer les biens donnés ou légués insaisissables, reconnue au disposant par l'article 581 du Code de procédure civile, lui confère le droit de les rendre dans les mêmes cas inaliénables. Ici, nous abordons une question toute différente. Nous supposons l'existence d'une défense d'aliéner pleinement valable et nous nous demandons s'il doit en résulter l'insaisissabilité dont le disposant n'a pas parlé.

En jurisprudence, la question a été très nettement tranchée dans le même sens par un arrêt de la Cour de Rennes du 22 mars 1862, confirmé par un arrêt de rejet de la Chambre des requêtes du 27 juillet 1863 (1).

La Cour de Rennes et la Cour de Cassation affirment sans hésitation que la défense d'aliéner implique l'insaisissabilité (2). « Considérant, dit la Cour de Rennes, que l'insaisissabilité des biens donnés est une conséquence naturelle, logique et légale de leur inaliénabilité ; qu'en effet, les créanciers du donataire ne sauraient exercer un droit qui n'appartient pas à leur débiteur, lequel ne peut pas être admis à faire par autrui ce qu'il ne lui est pas permis de

(1) Ces arrêts sont rapportés ensemble dans Sirey, 1863, 1, 465.

(2) Voir dans le même sens l'arrêt précité de la Cour de Rouen, du 1er février 1902, *Gaz. des Trib.*, 24 mars 1902, *le Droit* 16 mars 1902, et l'arrêt d'Amiens du 30 novembre 1900, *Recueil d'Amiens*, 1901, p. 106.

faire lui-même;... que ce n'est nullement étendre la clause d'inaliénabilité que de considérer les biens qui en sont frappés comme insaisissables, puisque la saisie suivie d'expropriation n'est autre chose qu'une aliénation véritable quoiqu'elle soit involontaire et forcée... »

La Chambre des Requêtes, dans l'arrêt rejetant le pourvoi formé contre la décision de la Cour de Rennes, déclare en termes encore plus énergiques que la stipulation de la défense d'aliéner comprend « nécessairement » et non plus seulement « logiquement », comme le disait la Cour d'appel, l'interdiction de faire indirectement par voie d'expropriation ce qu'elle défend de faire directement par la voie de l'aliénation volontaire. Elle précise encore l'argument de la Cour d'appel, tiré de ce que les créanciers ne peuvent saisir et exproprier qu'en exerçant le droit d'aliéner qui appartient à leur débiteur, et elle fait remarquer que le donateur s'était réservé ce droit d'aliénation comme une partie de la propriété qu'il transmettait. Il suit, dit l'arrêt, que « les créanciers, ne pouvant puiser que dans la personne de leur débiteur le droit de poursuivre la vente, ce droit lui manquant, leur manque également. »

Y a t-il lieu ici de prendre parti dans la controverse qui divise la doctrine au sujet de l'application de l'article 581 du Code de procédure civile aux immeubles ? Nous n'estimons pas que la clause imposant expressément l'insaisissabilité entre dans notre étude. Qu'il nous suffise d'indiquer que la jurisprudence reconnaît la validité d'une clause formelle du testament ou de la donation imposant l'inaliénabilité aux immeubles (1). Si l'on admet qu'il résulte de la défense

(1) Cass. 10 mars 1852, S. 52, 1, 348.— Rouen, 1er février 1902, *le Droit*, 16 mars 1902. D'après cet arrêt, l'insaisissabilité qui résulte de l'inaliénabilité est opposable même aux créanciers postérieurs au décès du

d'aliéner une véritable insaisissabilité, il faudra l'étendre aux immeubles aussi bien qu'aux meubles.

La jurisprudence a donc une tendance très marquée à comprendre dans la défense d'aliéner tous les modes directs ou indirects d'aliénation, si l'interprétation de la volonté du disposant l'y autorise. Elle semble au contraire moins disposée à faire résulter de la défense d'aliéner la propriété, la défense, qui peut cependant sembler y être contenue de transmettre un démembrement de la propriété ou un droit réel.

La question s'est posée, en jurisprudence, pour l'usufruit ; elle est discutée, en doctrine, pour l'hypothèque.

En ce qui concerne l'usufruit, un arrêt de la Cour d'Angers du 13 août 1853 (1) décide que ce démembrement de la propriété peut être valablement constitué par un propriétatre auquel son titre interdit d'aliéner, de vendre, d'échanger ou d'hypothéquer. L acte ne prohibe pas la constitution d'un usufruit ; aussi la Cour, adoptant la règle d'interprétation restrictive qui semble imposée par le caractère exceptionnel de la clause a-t-elle maintenu la liberté pour le gratifié de constituer des servitudes et spécialement un usufruit.

En matière d'hypothèque, la jurisprudence n'a pas eu souvent à décider si l'interdiction d'hypothèquer non formellement exprimée était contenue dans la défense générale d'aliéner. La règle de l'interprètation restrictive devrait, semble t-il, faire accepter la validité de l'hypothèque consentie sur l'immeuble dont l'aliénation est inter-

testateur, contrairement à ce que dit l'art. 582, C. Pr. civ. relativement à l'insaisissabilité stipulée à titre principal.

(1) V. D. 53, 2, 204.

dite (1). D'autre part, la solution contraire paraîtra logique, si l'on croit, comme certains, que l'inaliénabilité doit nécessairement entraîner l'insaisissabilité. L'hypothèque valable ferait disparaître l'insaisissabilité du bien que l'on ne peut aliéner directement et favoriserait ainsi l'aliénation indirecte.

Ici, comme en matière d'insaisissabilité, le même argument qui a décidé la Cour de Rennes et la Chambre des Requêtes doit à notre avis indiquer la solution. Le droit d'aliéner est resté, disent ces arrêts, dans le patrimoine du premier disposant. Le gratifié ne peut attribuer à ses créanciers le droit d'aliéner qu'il n'a pas lui-même. Or, il le leur attribuerait en leur concédant une hypothèque.

(1) C'est cette solution qui a été acceptée par un arrêt de la Cour de Nouméa du 28 novembre 1899 et confirmée par un arrêt de la Cour de Cassation du18 avril 1901 (Pand. fr. 1901, 1, 255).

## CHAPITRE IV

### Effets de la défense d'aliéner

#### SECTION Ire. — *Nullité de l'acte fait en violation de la défense d'aliéner*

La jurisprudence déclare nulle l'aliénation faite en violation de la défense licite d'aliéner. Quand le testateur ou le donateur a lui-même indiqué une sanction, lorsqu'il a appelé un gratifié en sous-ordre pour le cas où le premier gratifié aliénerait en violation de la défense qu'il lui en a faite, la clause pénale ainsi stipulée sera exécutée et, en vertu de la condition, ces biens seront acquis par le second bénéficiaire. Cette solution a été sans doute repoussée par Demolombe (1), mais seulement au cas où la clause pénale aurait pour but de valider une défense illicite d'aliéner. Nous croyons, en effet, que la jurisprudence ne consentirait pas à ce qu'une clause pénale pût valider une prohibition nulle en elle-même.

Comme le fait très justement remarquer Demolombe, le premier gratifié ne peut être privé des biens qui lui ont été donnés que s'il a contrevenu à la condition ; si la condition est illicite, il ne pourra y contrevenir, puisque, par application de l'article 900, cette condition est effacée, n'existe pas, est réputée non écrite.

Mais si la défense était exceptionnellement licite, il est bien

(1) Demolombe, *Des Donutions entre vifs et Testaments*, T. 1er, nº 293.

certain que Demolombe ne maintiendrait plus son opinion ; et que, puisqu'il consent à accorder une efficacité à cette défense d'aliéner, il validerait la sanction expressément indiquée par le disposant.

Il ne faut donc pas croire que, grâce à l'adjonction d'une clause pénale, le disposant pourra valider une défense d'aliéner dans les cas où elle ne serait pas admise par la jurisprudence d'après les distinctions que nous avons rapportées plus haut. C'est seulement dans les hypothèses où la jurisprudence reconnait la défense licite que la clause pénale peut utilement en garantir le respect. « Attendu, dit en effet l'arrêt de Douai du 27 avril 1863 (1) que cette clause pénale est édictée pour assurer l'exécution d'une condition licite et que, par suite, elle doit sortir à effet... » Un autre arrêt nous donne la contre-partie de cette règle. Dans une espèce où il s'agit, à vrai dire, d'une condition illicite autre que la défense d'aliéner, la Cour de Paris, par un arrêt du 1er décembre 1892, adoptant les motifs du tribunal de la Seine (2), déclare que n'est pas applicable aux défendeurs und clause pénale qui tend à faire maintenir les dispositions contraires à l'ordre public,

Si la défense d'aliéner est licite, nous dit la jurisprudence, la clause pénale sera encourue dès que le premier gratifié aura enfreint la défense.

Qu'en résultera-t-il ? C'est que le gratifié en sous-ordre deviendra immédiatement propriétaire des biens qui lui avaient été donnés sous condition suspensive ; et il ira les prendre entre les mains du tiers acquéreur dont la propriété aura été résolue en même temps qu'était résolue la propriété du premier gratifié.

(1) D. 64, 2, 89.

(2) D. 1893, 2, 496.

Le premier gratifié dans les deux espèces que nous présente la jurisprudence et qui, toutes les deux, ont été jugées par la Cour de Douai (1), prétendait échapper à l'application de la clause pénale, en redevenant propriétaire de la chose aliénée par lui. Sa prétention avait une apparence de justesse, si l'on partait de cette idée que la volonté du testateur serait exécutée directement dans le cas où, sur la menace d'une résolution, l'aliénateur rachèterait le bien par lui aliéné. La Cour de Douai, dans les deux procès qu'elle eut à juger, repoussa cette prétention : « La peine était encourue, dit-elle dans son arrêt de 1864, sans pouvoir être modifiée par cela seul que le légataire enfreint la condition qui lui était imposée ».

Mais dans la plupart des cas le disposant aura défendu d'aliéner sans sanctionner sa défense par une clause pénale. En l'absence de sanction conventionnelle, quelle sera la sanction légale de la défense d'aliéner ?

Ce sera, en principe, le droit pour les intéressés de demander la nullité de l'aliénation faite en violation de la défense licite.

Sur ce point, la jurisprudence est bien fixée. Nous aurons à rechercher les principes juridiques sur lesquels elle peut appuyer ses solutions ; nous aurons à voir même si, dans certains cas, la jurisprudence ne se met pas, en prononçant cette nullité, en contradiction avec les règles générales du droit. Pour le moment, nous nous contentons d'analyser ses décisions. Or, il est certain que, pour les Cours d'appel et pour la Cour de Cassation, la sanction d'une défense d'aliéner licite est la nullité de cette aliénation.

On exprime souvent cette théorie de la nullité de l'alié-

(1) Arrêt précité du 27 avril 1864, D. 64, 2, 89, S. 64, 2, 254 et sur pourvoi, Cass. 12 juillet 1865 et arrêt du 10 août 1878, *Jurisprudence de Douai*, t. 36, p. 341.

nation en disant que la défense d'aliéner est opposable aux tiers. C'est en effet là son véritable caractère de gravité. La nullité privera le tiers acquéreur de la chose par lui acquise, peut-être à titre onéreux. Ce tiers risquera de souffrir de l efficacité accordée à la clause d'inaliénabilité, si celui qui lui a consenti un droit de propriété ou un droit réel au mépris de la prohibition est insolvable et ne peut lui rembourser le prix versé ou l'indemnité qui peut lui être dûe, selon les distinctions que nous allons rencontrer.

Le tiers acquéreur serait mal venu à se plaindre, si la défense d'aliéner était insérée dans une donation entre vifs. Cette disposition a du être transcrite et l'acquéreur a pu s'assurer des conditions auxquelles son auteur était devenu donataire. Le danger existe quand la défense d'aliéner est contenue dans un testament qui n'est pas soumis à la transcription ; le tiers acquéreur auquel la nullité est déclarée opposable n'est averti par aucun moyen de publicité légale. Il devra se faire présenter le testament.

Cependant la jurisprudence n'hésite pas à prononcer à l'égard des tiers la nullité du droit réel qu'ils ont acquis en violation d'une clause de testament, dans une hypothèse que nous allons retrouver plus loin (1). Il serait, d'ailleurs, illogique d'établir une différence entre le testament et la donation. On peut critiquer la loi qui ne donne aux tiers aucun moyen légal de connaître les termes d'un testament, mais on ne peut méconnaître les principes qu'elle consacre.

Mais si l'on admet, comme la jurisprudence, que la nullité peut être poursuivie contre le tiers ayant cause de celui auquel l'aliénation est interdite, ce tiers aura certainement un recours contre celui qui lui a vendu ou qui lui a con-

(1) Poitiers, 18 juin 1866, maintenu par arrêt de la Ch. des Requêtes du 9 mars 1868, Sirey, 68, 1, 204.

senti un droit réel dont il ne pouvait pas disposer. L'arrêt de la Cour de Douai du 27 avril 1864 dont nous avons eu l'occasion de parler plusieurs fois a délimité et consacré ce droit évident à la garantie. Il décide que le vendeur doit, conformément aux principes du Code civil, restituer à l'acheteur évincé le prix qu'il en a reçu, mais qu'il ne peut être tenu de dommages intérêts que si l'acheteur évincé a ignoré au moment de son acquisition les dangers d'éviction dont il était menacé.

### Section II. — *Qui peut invoquer la nullité?*

La jurisprudence pose en prineipe que tous les intéressés à l'observation de la défense d'aliener ne peuvent demander la nullité d'une aliénation faite au mépris de la défense en se réclamant uniquement de leur qualité d'intéressés. Ce principe est indiqué dans l'arrêt de la Cour de Cassation du 27 novembre 1893 (1) que nous retrouverons plus loin, mais qui déclare en substance que les juges du fait n'ont pas à rechercher si la clause est licite et si la nullité est encourue, dès qu'ils ont constaté que le demandeur ne pourrait se prévaloir de cette nullité.

S'il est bien certain que les arrêts ne reconnaissent pas à tous les intéressés le droit d'invoquer la nullité de l'aliénation faite au mépris de la défense, il faut se garder de dire que celui-là seul dans l'intérêt duquel la défense a été écrite pourra invoquer la nullité. Nous verrons des tiers véritables, des créanciers hypothécaires, inscrits sur les immeubles à une époque où la défense d'aliéner avait cessé de produire ses effets, admis à demander la nullité d'affectations hypo-

(1) D. P. 94, 1, 566,

thécaires faites antérieurement par leur débiteur, au mépris de la défense d'aliéner (1).

Pour exposer le système qui semble résulter des décisions de la jurisprudence, il nous faut reprendre en partie la classification des personnes au profit desquelles la défense d'aliéner peut être licitement stipulée, le disposant, un tiers ou le gratifié.

I. — Si la prohibition a été imposée par le disposant dans son propre intérêt, il est certain que les tribunaux lui reconnaîtront le droit de demander la nullité de l'aliénation consentie en violation de la promesse qu'il avait exigée. Il est évident que si, dans ce cas, le disposant ne pouvait demander la nullité, nul ne le pourrait vraiment. Aussi est-il inutile de citer les nombreux arrêts qui lui ont reconnu ce droit. Cette même nullité pourra être invoquée par les héritiers du donateur dans la personne duquel le droit de la demander était né et par les héritiers du testateur chez lesquels il prend naissance.

En ce qui concerne le droit du donateur à demander la nullité des aliénations consenties par le donataire, nous nous contenterons de citer un arrêt de la Cour d'Orléans du 10 février 1892 (2), d'après lequel la défense d'aliéner rapprochée des termes de la donation peut équivaloir à la stipulation expresse d'un droit de retour.

La question s'est posée pour les créanciers du disposant : on s'est demandé s'ils pouvaient exercer cette action en nullité appartenant à leur débiteur ou bien si cette action était un de ces droits exclusivement attachés à la personne, qui échappent à l'application de l'article 1166 du Code

(1) Trib. de Roanne, D. P. 56, 2, 224.

(2) Dall. 93, 2, 82.

civil. Un jugement du Tribunal de Fontenay-le-Comte du 3 mai 1867, maintenu par la chambre des Requêtes (1), reconnaît le droit de demander la nullité d'une hypothèque consentie par le donataire en violation de la défense d'aliéner à un créancier hypothécaire d'un rang inférieur, mais à l'hypothèque duquel le donateur avait donné son consentement et auquel ce donateur avait déclaré subroger tous ses droits. « Dans cet état des faits, dit l'arrêt de la Chambre des Requêtes, la créancière, subrogée aux droits du donateur, avait intérêt, qualité et droit, pour faire prononcer la nullité, à son égard, de l'hypothèque consentie à la demanderesse en cassation par le donataire. »

Cette même solution a été admise par un arrêt de la Cour de Nancy du 11 février 1895 (2). D'après cet arrêt, le donateur qui renonce expressément au profit du créancier hypothécaire du donataire à se prévaloir de la nullité qui pourrait résulter de la défense d'aliéner contenue dans la donation, cède par là même implicitement à ce créancier le droit qui lui appartient de faire annuler les autres hypothèques, antérieurement accordées par le donataire sans son consentement. Cet arrêt va plus loin que le jugement de Fontenay-le-Comte, puisque ce dernier prenait pour base de sa décision une subrogation expresse ; ici la subrogation aux droits du donateur est implicite.

Le gratifié peut-il demander la nullité des actes qu'il a lui-même consentis en fraude, d'une défense d'aliéner insérée dans un acte, au profit du disposant, ou, ce qui revient au même, ce droit appartient-il à ses créanciers agissant en ses lieu et place, en vertu de l'article 1166 C. c.? La Cour de

(1) Ce jugement est rapporté au dessus de l'arrêt de Cassation qui a rejeté le pourvoi, Sirey, 69, 1, 34.

(2) D. 96, 2, 260.

Cassation a déclaré (1) que les créanciers du donataire sont sans droits pour demander la nullité d une hypothèque consentie par le donataire, en violation d'une défense stipulée par le donateur à son profit. Cet arrêt donne pour unique motif que « nul ne peut tirer profit d'une infraction commise par lui ou par son auteur. » L'insuffisance de ce motif apparaîtra si l'on considère que la jurisprudence admet, comme nous allons le voir, les créanciers du donataire et le donataire ou le légataire lui-même, à demander la nullité des aliénations ou des constitutions de droits réels consenties par le gratifié, au cas où c'est dans l'intérêt de ce dernier ou dans l'intérêt des tiers, que la défense d'aliéner à été stipulée.

II. — Il y a, en effet, bien des arrêts qui ont admis le gratifié et ses créanciers à demander la nullité des actes de disposition faits par le gratifié, lui-même, en violation de la défense d'aliéner, dans le cas où cette défense a été imposée au gratifié dans son propre intérêt.

Tout d'abord, un arrêt de la Cour de Cassation (2) a déclaré que le gratifié, lui-même pouvait demander la nullité d'une hypothèque qu'il avait, lui-même, consentie, au cas où la défense a été stipulée au profit de tiers et en même temps au profit du gratifié lui-même. Un arrêt de la Cour de Paris du 14 juin 1883 (3) décide que la légataire à laquelle il a été interdit de céder un usufruit, a droit et action pour demander la nullité de la cession qu'elle a consentie ; et cet arrêt dispose dans une espèce où il s'agissait d'une défense d'aliéner écrite dans l'intérêt de la gratifiée seule. La même

(1) Cass. 27 novembre 1893. S, 94, 1, 3. 49 D. 94, 1,566.

(2) Cass. Req. 9 mars 1868. S. 68, 1,204.

(3) Sirey 84, 2, 171.

solution avait été consacrée par un arrêt de la Cour d'appel de Caen du 1er juin 1854 (1), qui, sur la demande du légataire, annule pour partie la cession anticipée de fermages qu'il avait consentie en violation de son titre de propriété.

A ces décisions il faut ajouter les nombreux arrêts ou jugements qui, rendus en matière de rentes sur l'Etat nominatives, ont refusé de valider la vente qui en avait été faite par le gratifié, en violation de la défense d'aliéner écrite à son profit et qui ont par là justifié la résistance du Trésor à la demande de transfert que lui adressait l'acquéreur (2). Ces décisions impliquent bien l'impossibilité pour le légataire ou donataire, de faire une cession valable, il en résulte donc certainement, que ce légataire pourrait demander à la justice de proclamer la nullité d'un acte de disposition que certaines décisions l'ont expressément déclaré incapable de ratifier.

Une décision particulièrement intéressante de la Cour de Paris annule, sur la demande du syndic de la faillite du gratifié, par conséquent, sur la demande du représentant de ses créanciers, la mise en gage de titres consentie par lui, en violation d'une défense testamentaire d'aliéner.

Le gratifié peut donc, quand la défense a été stipulée, soit uniquement, soit en partie à son profit, demander lui-même la nullité des actes qu'il a consentis, et ses créanciers ont en vertu des principes généraux, qualité pour la demander à sa place. Pourquoi est-il irrrecevable, aussi bien d'ailleurs que ses ayants cause à demander la nullité de ces actes

(1) D. P. 55, 2, 192.

(2) V. Trib. Seine 15 février 1890, *Gaz. Pal.* 90, 1, 685 et le jugement du Tribunal de Tours qu'il cite. — Paris 12 décembre 1892, *Gaz. Pal.* 93, 1. 2e partie, p. 23.

quand la défense d'aliéner lui est faite dans l'intérêt du donateur seul. Telle est, avons-nous vu en ce cas, la pratique de la jurisprudence ; et, bien que nous n'en trouvions pas d'exemple, il n'y a pas de raison de la conjecturer différente en matière de prohibitions stipulées exclusivement en faveur des tiers ? Le motif indiqué par l'arrêt dont nous reproduisions plus haut les termes, ne donne pas l'explication de ces contradictions apparentes : dans les deux cas on pourrait refuser toute action au gratifié, en arguant qu'il ne peut tirer profit d'une faute qu'il a commise, La vérité paraît être dite par l'annotateur de l'arrêt précité dans le recueil de Dalloz. C'est que, lorsque le donateur n'a pas eu en vue l'intérêt du gratifié, ce dernier et ses ayants cause ne peuvent puiser aucun droit, aucun titre, aucune qualité dans une clause qui n'est pas écrite pour eux. D'ailleurs, la jurisprudence doit logiquement réserver l'action en nullité au seul donateur et à ses représentants, quand le donateur n'a eu en vue que son intérêt propre ; elle considère, en effet, le droit de demander la nullité comme un droit qui se trouve dans le patrimoine du disposant et que celui-ci peut aliéner à sa guise par subrogation expresse ou tacite. Le gratifié ne peut donc s'en prévaloir. Au contraire, quand la défense d'aliéner est écrite en faveur du gratifié, l'intéressé peut s'en prévaloir, puisque c'est afin qu'il conserve le bénéfice de la libéralité que le disposant lui a interdit l'aliénation. Nous verrons plus tard si toutes ces distinctions sont bien juridiques, si on peut les justifier par une théorie rationnelle de la défense d'aliéner. Pour le moment, nous exposons le système de la jurisprudence et nous cherchons à en découvrir les idées directrices, sauf à l'approuver ou à la critiquer dans la suite, quand nous le connaîtrons bien.

Ce système est cependant contredit par un arrêt important de la Cour de Grenoble qui a refusé de réserver au

donateur seul le droit de demander la nullité d'une constitution d'hypothèque consentie en violation d'une défense écrite en même temps à son profit et au profit des tiers. Cet arrêt rendu sur renvoi de la Cour de Cassation qui avait cassé un arrêt de la Cour de Lyon déclare nulle sur la demande d'un tiers, d'un créancier hypothécaire postérieur, une hypothèque consentie par le donataire du vivant du donateur et avec le consentement de celui-ci. Pour justifier cette demande en nullité émanant d'un tiers, l'arrêt de Grenoble déclare que l'acte était entaché d'une nullité absolue, ce qui donnerait en effet à tout intéressé le droit de poursuivre la nullité. Mais, s'il en était ainsi, on ne comprendrait pas pourquoi les arrêts postérieurs que nous avons cités s'évertueraient, comme ils le font, à justifier la demande en nullité des créanciers hypothécaires du donateur lui-même par une subrogation expresse ou tacite consentie par ce dernier. On ne comprendrait pas davantage pourquoi l'arrêt de la Chambre des Requêtes (1) que nous avons analysé plus haut déclare les créanciers du donataire sans droit pour invoquer la nullité, se mettant ainsi en contradiction formelle avec l'arrêt de Grenoble de 1861.

Cette contradiction peut cependant être plus apparente que réelle, car lorsqu'on relit le jugement de Roanne du 20 décembre 1855, l'arrêt de Lyon qui le réforme et l'arrêt de cassation, on s'aperçoit que devant les trois juridictions, il ne s'est agi que de la question théorique du caractère licite de la prohibition d'aliéner. D'après la Cour de Cassation elle-même, l'arrêt de Lyon n'était motivé que sur ce point. La Cour de renvoi ne paraissait pas avoir à se demander si un créancier hypothécaire, ayant cause du donataire, avait ou non le droit d'invoquer la nullité proclamée en

(1) Req. 14 avril 1891, S. 94, 1, 349.

principe par la Cour de Cassation. Ces décisions ne doivent donc pas, à notre avis, être mises en parallèle avec celle de la Cour de Cassation du 27 novembre 1893 citée plus haut qui a dû statuer d'une façon spéciale sur la question qui lui était expressément posée par le pourvoi. Ce dernier arrêt renfermait donc la véritable solution de la jurisprudence.

Les autres arrêts n'y contredisent pas. Nous ne voyons des tiers admis à critiquer les actes accomplis en violation d'une défense d'aliéner que si cette défense a été stipulée dans leur intérêt soit exclusivement, soit en même temps que dans l'intérêt du disposant ou du gratifié. C'est ainsi par exemple, que si le tuteur nommé à une substitution permise intervient au procès soutenu par le gratifié qui veut faire prononcer la nullité d'une cession de fermages par lui consentie, en violation du testament (1), l'arrêt justifie son intervention par l'application de l'article 1180 C. civ. qui autorise le propriétaire conditionnel à prendre des mesures conservatoires.

De l'ensemble de la jurisprudence, il semble donc se dégager cette idée générale que peuvent seuls demander la nullité de l'aliénation ceux au profit desquels la défense d'aliéner a été stipulée et ceux qui exercent les droits des divers bénéficiaires de la clause soit en vertu d'une cession expresse, soit en vertu de leur qualité d'ayants cause.

(1) Caen 12 juin 1854, cité plus haut, D. P. 55,2, 193.

## CHAPITRE V

### Actes dans lesquels peut être insérée la défense d'aliéner

Jusqu'ici, dans notre étude de la clause prohibitive d'aliéner nous avons pu constater que la jurisprudence ne validait exclusivement que les défenses d'aliéner contenues dans des actes à titre gratuit: donations entre vifs ou testaments. Le langage usité chez les auteurs, dans les arrêts et chez les commentateurs des divers recueils judiciaires, suppose toujours le caractère gratuit de l'acte dans lequel la défense est insérée : on parle en effet du disposant, du gratifié et non de l'aliénateur et de l'acquéreur.

C'est que la jurisprudence se refuse en général à valider la défense d'aliéner stipulée dans un contrat à titre onéreux. Une exception à cette règle absolue est souvent signalée et nous aurons à l'étudier : elle est relative au contrat de mariage. Dans cet acte d'une nature particulière, la jurisprudence autorise les futurs époux à déclarer leurs biens inaliénables, même en dehors du cas où la loi prévoit cette inaliénabilité spéciale; en dehors du régime dotal. Nous verrons d'ailleurs que cette exception n'est qu'apparente qu'elle intervient le plus souvent dans des conditions où les règles ordinaires de notre matière ne sauraient s'appliquer, car elle n'est que la conséquence normale de la combinaison des diverses règles relatives au contrat de mariage. Certains soutiennent même, et la jurisprudence paraît partager leur avis, que cette exception n'existe pas, l'inaliénabilité résultant toujours de l'adoption au moins partielle du

régime dotal. D'après ce système, nous nous trouverions donc en présence non d'un cas d'inaliénabilité nouveau, mais d'une application de l'inaliénabilité dotale elle-même, expressément autorisée par le code.

Mais, avant d'aborder cette difficulté spéciale, il importe de bien établir le principe.

### Section Ire. — *Actes à titre onéreux*

La jurisprudence ne parait pas avoir eu souvent à se prononcer sur la validité des défenses d'aliéner contenues dans les contrats à titre onéreux.

Un arrêt de la Cour d'Orléans du 6 août 1841, maintenu par un arrêt de rejet de la Chambre des Requêtes du 1er mars 1843 (1) a prononcé la nullité d'une clause d'incessibilité d'une rente viagère stipulée dans un acte de vente. Les circonstances de fait semblaient cependant devoir impressionner favorablement les juges ; elles avaient d'ailleurs influé sur la décision des juges de première instance.

Un frère avait vendu à son frère sa part indivise sur un immeuble commun à charge de payer ses dettes actuelles et de lui servir une rente viagère, qu'en considération de la prodigalité du vendeur, les deux contractants avaient stipulée incessible et insaisissable.

Cette rente viagère ne pouvait être insaisissable puisqu'un texte spécial, l'article 1981 du Code civil déclare que « la rente viagère ne peut être stipulée insaisissable que lorsqu'elle a été constituée à titre gratuit. »

Mais avait-elle pu être valablement déclarée incessible ?

(1) Dalloz, *Répertoire*, vo rente viagère, no 90, note 2.

Sur la poursuite du cessionnaire de cette rente viagère, le débi-rentier refusa de payer, prétendant que la cession était nulle, comme contraire à la clause insérée dans le contrat de vente. L'arrêt d'Orléans rejette cette prétendue nullité de la cession, d'abord parce que la clause d'incessibilité n'est pas justifiée par un intérêt matériel du débiteur de la rente, l'intérêt d'affection d'un frère pour son frère ne pouvant suffire à justifier une telle stipulation, et ensuite parce que cette clause porte atteinte aux articles 544 et 1598 du Code civil.

Il est a remarquer toutefois que cet arrêt est antérieur à l'époque où la défense d'aliéner a été admise dans les actes à titre gratuit par la jurisprudence de la Cour de Cassation, qu'il est surtout bien antérieur à l'époque ou la défense d'aliéner, stipulée en faveur du gratifié dans les contrats à titre gratuit a été déclarée valable. De cette priorité de date, il résulte que cet arrêt est mal motivé, si on le compare aux monuments de jurisprudence plus récents. Les motifs qu'il donne de la nullité de la défense d'aliéner sont trop généraux et ils s'appliqueraient à la même clause insérée dans un acte à titre gratuit. Aujourd'hui, une pareille décision devrait être appuyée uniquement sur des raisons spéciales aux actes à titre onéreux ou sur un motif qui aurait fait annuler dans le système de la jurisprudence actuelle la clause dont il s'agissait dans l'espèce, même si elle avait été insérée dans une donation. Il faudrait arguer par exemple qu'écrite pour la vie entière du crédi-rentier elle embrassait un laps de temps trop long.

Un autre arrêt de la Cour de Cassation du 6 juin 1853 (1) prononce la nullité d'une clause d'incessibilité dans un cas où il ne s'agit plus de rente viagère, mais de créance ordi-

(1) D. P. 53, 1, 191.

naire, née a propos d'un contrat qui a disparu aujourd'hui de notre droit, le contrat de remplacement militaire. Le remplaçant s'était fait promettre la somme de 1.400 francs payables à la fin du service militaire, et il avait été expressément stipulé qu'il lui serait interdit de céder sa créance à peine de nullité. Une cession étant intervenue, le tribunal civil en prononça la nullité par application de la clause d'incessibilité contenue au contrat. La Cour de Cassation par arrêt du 6 juin 1853 cassa le jugement et déclara nulle la clause d'incessibilité par le motif qu'elle était contraire au principe de la libre disposition des biens et que le débiteur n'avait aucun intérêt à demander la nullité.

On ne rencontre aucune autre décision plus récente, relative à la défense d'aliéner stipulée dans un contrat à titre onéreux ; il serait donc aventureux de dire qu'en cette matière la jurisprudence s'est départie de la rigueur dont elle avait d'abord fait preuve en matière d'actes à titre gratuit.

Cependant, la défense d'aliéner est usitée dans certains contrats à titre onéreux spéciaux, dans lesquels cette clause, hâtons nous de le dire, ne saurait produire, dans les cas où les tribunaux la reconnaissent valable, les effets qu'ils attachent à la défense d'aliéner que nous avons rencontrée jusqu'ici.

Nous voulons parler de la défense d'aliéner à d'autres qu'à eux-mêmes ou qu'aux personnes désignées par le contrat, imposée par les syndicats de Bourses ou les trusts à leurs adhérents ou aux fournisseurs qui traitent avec eux.

Ces syndicats ou trusts sont formés pour maintenir les cours des produits industriels, parfois pour créer une hausse factice. Dans les deux cas, le moyen qu'ils emploient le plus souvent consiste à faire promettre à leurs membres de ne vendre qu'au représentant commun ou à une personne d'une catégorie déterminée. Le but est de prévenir

les effets de la concurrence. La jurisprudence à eu à s'occuper de la validité d'une telle clause, non pas en considération de la clause elle-même, qui, à la différence de celle que nous avons étudiée jusqu'ici, ne saurait entraîner une véritable indisponibilité, mais en considération du but licite ou illicite poursuivi par le syndicat.

Il est permis dans notre droit récent aux personnes qui ont des intérêts professionnels de se réunir librement pour les défendre : si le syndicat n'a pas d'autre but, il est légitime, et la défense d'aliéner qu'il impose à ses adhérents ou aux tiers en vue de l'atteindre est valable. Mais, d'autre part, la liberté du commerce et la libre discussion des prix sont toujours des principes d'ordre public et l'article 419 du Code pénal continue à punir les accaparements. Et, même en dehors de tout délit pénal, la défense d'aliéner qu'un trust impose à ses contractants en vue d'atteindre un but illicite est nulle.

Cette distinction justifie pleinement les décisions de la jurisprudence qui, autrefois sans doute, repoussait en général tous les contrats de ce genre, parce que l'ordre public paraissait intéressé à la répression de toute coalition ou entente industrielle, mais qui, depuis de longues années se réserve de valider ou d'annuler les défenses d'aliéner imposées par le trust à ses contractants.

Nous avons dit que, dans notre hypothèse, ce n'est pas, en effet, la nature intrinsèque de la défense d'aliéner, ni la détermination de son bénéficiaire qui peut servir à en discerner la validité, mais seulement la nature de l'opération en vue de laquelle elle est stipulée.

Quand les parties, avons-nous vu jusqu'ici, stipulent la défense d'aliéner, c'est afin de rendre l'aliénation qui serait tentée nulle à l'égard des tiers acquéreurs eux mêmes, en vue de rendre le bien frappé d'inaliénabilité indisponible.

Telle n'est plus l'intention des parties dans notre cas. Elles désirent simplement faire naître à la charge du promettant une obligation de ne pas aliéner, une obligation de ne pas faire, qui ne saurait entraîner la nullité de l'aliénation faite en contravention de la défense, mais qui doit toujours, en cas de contravention, se résoudre en dommages intérêts. D'ailleurs, dans toutes les espèces où des arrêts sont intervenus, les contractants avaient eu soin de stipuler pour ce cas une clause pénale désignée en pratique sous le nom d'amende.

Aussi bien, la nature même des objets mobiliers qui sont engagés dans les transactions commerciales interdirait au trust tout moyen d'établir sur de pareils objets une véritable indisponibilité opposable aux tiers. Une telle tentative échouerait par la force des choses, sinon par l'application nécessaire de l'article 2279 du Code civil.

Il est évident qu'une stipulation qui laisse les biens dans le commerce et qui ne vise qu'à imposer au propriétaire l'obligation de ne pas aliéner à d'autres, sous peine de dommages-intérêts, ne saurait soulever les questions d'ordre public que nous avons rencontrées jusqu'ici : elle n'intéresse qu'indirectement la circulation des biens, dans la mesure où elle parviendrait à supprimer toute concurrence.

Voilà pourquoi la jurisprudence a été amenée, dans ses décisions relativement récentes, à valider les défenses d'aliéner de ce genre qui se proposaient d'arrêter les fâcheux effets de la concurrence et de l'annuler, au contraire, dès qu'elle tendait à perpétrer un véritable délit civil en la supprimant.

C'est ainsi qu'un arrêt de Lyon du 18 novembre 1848 (1), avait déjà admis comme valable l'engagement pris par

(1) D. P., 49, 2, 69.

divers fabricants de matières destinées à la teinture des soies, de ne vendre leurs produits qu'au seul entrepositaire désigné par le traité, sous peine d'une amende de 5.000 fr.

La Cour de Cassation, par un arrêt du 16 mars 1863 (1), valide la promesse réciproque faite par les patrons boulangers du Mans de ne pas vendre leurs fonds de commerce à un autre qu'à un des patrons déjà établis dans la ville, sous peine d'une amende de 1.000 francs.

Dans ces deux cas, la jurisprudence a estimé que la défense d'aliéner relative avait une cause légitime : prévenir les effets ruineux de la concurrence, dans le premier cas en empêchant les adhérents de vendre au-dessous d'un prix raisonnable ; dans le second cas en arrêtant la multiplication excessive des établissements commerciaux de la même espèce dans une ville déterminée.

Telle est la solution que nous trouvons expliquée dans une note de M. Thisse (2).

Au contraire, la Cour de Paris n'a pas hésité à annuler pour le tout non seulement la promesse de ne pas aliéner à d'autres, mais même les ventes à propos desquelles cette défense avait été accessoirement stipulée. Il s'agissait d'un procès soutenu par les producteurs de cuivre contre la société des métaux qui leur avait acheté à l'avance tous les produits de l'extraction de plusieurs années en leur interdisant par le contrat de vendre à tout autre. Dans son arrêt en date du 18 décembre 1890 (3) la Cour de Paris déclarait les conventions nulles comme contraires au principe de la liberté du commerce et de l'industrie, parce que, dit-elle,

(1) D. P., 63, 1, 169.

(2) Jugement du Trib. de commerce de la Seine du 26 sept., 1898, Pand. fr. 1900, 2, 33.

(3) *Gaz. Palais*, 1890, 2, 716.

dans les motifs de l'arrêt, les sociétés minières venderesses connaissaient, en traitant « le but illicite poursuivi de se rendre maître du marché du cuivre », de pratiquer un accaparement que la Cour qualifie de délit civil (1).

## Section II. — *Contrats de mariage*

I. — On a coutume de dire que la jurisprudence a admis, en matière de contrat de mariage, une exception au principe général affirmé par elle que la défense d'aliéner serait nulle toutes les fois qu'elle serait insérée dans un acte à titre onéreux. On entend parler de la validité des clauses qui stipulent l'inaliénabilité des biens meubles ou immeubles de la femme, alors que les futurs époux déclarent adopter un régime autre que le régime dotal, en particulier le régime de la communauté.

Il est évident que, s'il y avait là une exception véritable au principe et si elle était due seulement à une création de la jurisprudence, il y aurait lieu de la signaler spécialement et d'en souligner l'importance. Il ne s'agirait pas en effet, comme dans tous les cas de validité que nous avons indiqués jusqu'ici, d'une défense d'aliéner imposée à un nouveau propriétaire, au moment où il acquiert le bien qu'il ne pourra aliéner. C'est une renonciation à la liberté de disposer émanant d'une femme déjà propriétaire ou tout au moins convenue entre elle et son futur époux et non entre elle et le disposant. Or, nous avons vu que la Cour d'Orléans et la Cour de Cassation censuraient toute convention par laquelle un propriétaire s'interdisait la faculté

(1) Nous retrouvons les mêmes distinctions exactement appliquées dans un arrêt récent de Bordeaux du 2 janv. 1900. D. P. 1901, 2, 150,

d'aliéner les biens qui étaient déjà dans son patrimoine (1) d'autre part, nous avons vu qu'un tiers donateur ou testateur ne peut déclarer les biens qu'il donne inaliénables pendant la vie de la femme mariée qu'il gratifie, parce que ce serait défendre d'aliéner pendant « un temps trop long », selon l'expression des arrêts. Une jurisprudence qui autoriserait une clause d'inaliénabilité en dehors des cas prévus expressément ou virtuellement par les textes pour toute la durée du mariage serait donc une jurisprudence exceptionnelle à plusieurs points de vue.

En réalité, il n'en est rien. Si les arrêts ont admis la validité de la clause déclarant certains biens de la femme inaliénables sous le régime de la communauté, ce n'est pas par application de la théorie de la défense conventionnelle d'aliéner que nous étudions ici, mais par application de l'article 1387 du Code civil. Cet article permet aux époux de faire leurs conventions matrimoniales comme ils le jugent à propos, et l'article 1527 indique que les époux peuvent, sous le régime de la communauté, stipuler toutes clauses non prévues dans le Code. Cette grande liberté accordée aux époux comprend assurément le droit de combiner le régime dotal avec le régime de la communauté. L'article 1581 C. Civ. donne d'ailleurs un exemple de cette combinaison, quand il autorise la stipulation sous le régime dotal d'une communauté d'acquêts, et tout indique que cet article n'est pas limitatif, mais simplement énonciatif.

« Attendu dit un arrêt de la Cour de Cassation (2) qu'aux termes de l'article 1387 Code civil, les époux peuvent faire dans leurs contrats de mariage, quant à leurs biens, toutes

(1) Orléans, 30 décembre 1893, D. 94, 2, 304. Cass. 22 juillet 1896, D. 98, 1, 17.

(2) Cass., Ch. civ. 21 février 1894, D. P. 94, 1,294.

les stipulations qui leur conviennent..., que notamment, d'après l'article 1497 du même Code, ils peuvent modifier la communauté légale par toute espèce de conventions...., qu'ainsi rien ne s'oppose à ce qu'ils introduisent, dans le régime de la communauté, quelques-unes des garanties propres au régime dotal...»

Cet arrêt reproduit la doctrine enseignée par MM. Aubry et Rau (1). « En se mariant sous le régime de la communauté, disent ces auteurs, les époux peuvent adopter sous certains rapports, et pour partie seulement, telles ou telles règles particulières au régime dotal. »

Marcadé admettait aussi, comme la jurisprudence et la doctrine l'ont toujours fait, la validité de la clause dont nous nous occupons sous le régime de la communauté, mais il restreignait un peu le droit attribué aux époux par l'article 1387 de combiner entre elles les règles des divers régimes nuptiaux. A son avis, il faut, pour que certains biens puissent être valablement déclarés inaliénables, que ces biens soient soumis à toutes les règles du régime dotal. Sinon, il estime que l'inaliénabilité ne serait pas valablement stipulée. Il n'admet pas la combinaison des règles empruntées à la communauté et de la règle de l'inaliénabilité de certains biens, empruntée au régime dotal. Il ne reconnaît que la juxtaposition des deux régimes appliqués parallèlement chacun à un groupe de biens.

Ce système est rejeté par les auteurs en général et nous venons de voir que la Cour de Cassation, dans son arrêt de 1894, paraît le condamner formellement, mais il est intéressant pour nous de l'exposer, parce qu'il se rattache, dans la théorie de Marcadé à la nullité de la clause d'inaliénabilité, et, en outre, parce que les arrêts plus anciens semblent

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, t. 5, § 504, p. 268.

s'en être inspirés, tout au moins dans leurs expressions, totalement abandonnées par l'arrêt de 1894.

« Les époux dit Marcadé (1) peuvent incontestablement ajouter au régime de la communauté, par exemple, l'inaliénabilité des immeubles de la femme..., mais ils ne le peuvent qu'en adoptant, quant à ces immeubles, le régime dotal qu'en se soumettant ainsi et au régime dotal et au régime de la communauté tout à la fois ; or, ce dernier point ne peut jamais exister, même partiellement, qu'au moyen d'une déclaration expresse de dotalité. Tout contrat qui ne contient pas la soumission expresse au régime dotal, est impuissant à produire l'inaliénabilité des propres de la femme. De deux choses l'une, en effet : ou il faudrait dire que le régime dotal existe, alors sans soumission expresse, et l'on violerait ainsi l'article 1392 ; ou l'on dirait, et c'est ce qu'on a fait, que l'inaliénabilité existe sans adoption du régime dotal, et l'on violerait l'article 6 et le principe fondamental de la libre circulation des biens, car il ne faut pas perdre de vue, comme on le fait dans le système adverse, que toute stipulation d'inaliénabilité est, en principe général, absolument interdite, comme contraire à l'ordre public ; qu'elle ne devient permise au moyen de l'exception écrite dans la loi, que pour la femme mariée et mariée sous le régime dotal ; et que, par conséquent, on ne peut pas plus stipuler l'inaliénalité du bien de la femme, du moment qu'on est hors du régime dotal, qu'on ne pourrait, même sous ce régime, stipuler l'inaliénabilité des biens du mari. »

Ainsi Marcadé, loin de proposer à la jurisprudence d'étendre, au profit de la liberté des conventions matrimonia-

(1) *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, sous l'article 1497, n° 3.

les, les cas où il serait permis de stipuler valablement la défense d'aliéner, estime que cette clause est toujours contraire à l'ordre public et il en conclut qu'elle a pour effet, dans la matière du contrat de mariage, de mettre un obstacle non prévu par les articles 1387 et 1497 C. civ. à la combinaison des règles légales ou conventionnelles des divers régimes.

La jurisprudence n'a pas admis ce système dans toute sa rigueur, car elle a déclaré que l'adoption expresse du régime dotal ne devait pas nécessairement être faite en des termes sacramentels ; qu'il suffisait d'une adoption implicitement déclarée par le contrat. « L'adoption totale ou partielle du régime dotal, dit M. le Conseiller Barafort dans son rapport sur l'arrêt de cassation du 3 février 1879 (1), n'est point assujettie à des expressions sacramentelles et elle peut très bien résulter de l'ensemble des clauses du contrat de mariage. » Dans l'espèce de cet arrêt, il s'agissait d'une valeur mobilière qu'il était défendu d'aliéner, et que la femme s'interdisait d'aliéner indirectement en consentant des obligations. La Cour de Cassation, conformément aux conclusions du Conseiller rapporteur, vit là l'adoption, suffisamment expresse, aux termes de l'article 1492, du régime dotal, en ce qui concernait cette valeur mobilière.

Cet arrêt de 1879 condamne donc cette première branche du dilemne de Marcadé, d'après laquelle on ne pourrait adopter partiellement le régime dotal sans le déclarer en termes propres. C'est ce qui avait été décidé antérieurement par un arrêt de la Cour de Cassation du 12 mars 1853 (2) : Attendu, disait déjà cet arrêt, « que les époux ont dit formellement vouloir faire à cet égard, dérogation au régime

(1) S. 79, 1, 353.

(2) D. 53, 1, 81.

de la communauté, et que ces immeubles ne pourraient être ni aliénés, ni hypothéqués, ce qui marque le but essentiel et, par conséquent, est le signe caractéristique du régime dotal... »

Ainsi la jurisprudence convenait qu'il n'était pas nécessaire, pour valider la clause d'inaliénabilité, que les époux fissent une adoption sacramentelle du régime dotal ; elle admettait, au contraire, que la défense d'aliéner et d'hypothéquer emportait, par elle même, adoption du régime dotal, quant aux biens qu'elle visait.

Mais de ce langage, il résulte bien que, dans l'esprit des rédacteurs de ces arrêts, l'inaliénabilité ne pouvait être séparée des autres règles du régime dotal, et que, l'inaliénabilité admise, les autres règles du régime devaient s'appliquer aux biens valablement déclarés inaliénables. Le système de Marcadé paraît donc avoir été implicitement adopté par ces arrêts : ceux-ci ne se contentent pas de valider la clause ; ils déclarent que les biens dont il s'agit, sont valablement placés sous le régime dotal.

Tout autre, avons-nous vu, est le langage de la Cour de Cassation dans son arrêt de 1894. C'est la théorie d'Aubry et Rau, critiquant Marcadé, qui est exposée avec faveur dans cet arrêt (1).

Quoi qu'il en soit des motifs de cette évolution, l'analyse de la jurisprudence relative à l'inaliénabilité des biens de la femme sous les régimes autres que le régime dotal, nous montre bien, comme nous l'affirmions au début, qu'il ne s'agit pas ici d'une application de la théorie générale dont nous poursuivons ici l'étude, mais d'une application

(1) Il est permis de rapprocher de cette décision un autre arrêt de la Cour de Paris du 12 déc. 1892. *Gaz. du Palais*, 93, t. 1, 2e partie, p. 23.

tout à fait stricte des textes de loi spéciaux à la matière du contrat de mariage.

II. — L'étude détaillée des combinaisons de divers régimes matrimoniaux n'entre pas dans notre étude. Mais il est des stipulations contenues dans certains contrats de mariages qui ont tenté de rendre inaliénables des biens dans des hypothèses où le régime dotal n'autorise pas à le faire : dans ces divers cas, il s'agit d'une inaliénabilité qui n'a pas son fondement dans un texte du code, mais qui emprunte sa seule force aux conventions privées.

Ces clauses d'inaliénabilité conventionnelles avaient pour but, les unes d'étendre l'inaliénabilité à des acquêts, pour la part appartenant à la femme, soit par une stipulation d'inaliénabilité, soit par la stipulation de l'incapacité absolue de la femme même autorisée par son mari; elles ont eu pour but aussi de frapper indirectement, mais efficacement d'inaliénabilité conditionnelle les biens du mari et, chose curieuse, tandis que les tentatives faites par les notaires de Paris pour rendre inaliénable la part des acquêts appartenant à la femme ont fini par échouer, la tentative unique faite pour frapper d'une indisponibilité relative les biens du mari a été accueillie favorablement par la Chambre des requêtes de la Cour de Cassation, après un débat approfondi (1).

La loi autorise la femme à stipuler le régime dotal explicitement ou implicitement sous tous les régimes et à frapper d'inaliénabilité par voie de conséquence les biens qui lui appartiennent en propre.

On a voulu essayer de restreindre cette extension de la

(1) Voir sur ces questions Planiol, *Traité élémentaire de Droit civil*, t. 3. Au sujet de l'inaliénabilité des paraphernaux, p. 455 ; au sujet de l'inaliénabilité des acquêts et des biens du mari, p. 245.

clause d'inaliénabilité aux biens de la femme qui constituent sa dot, sous n'importe quel régime, c'est-à-dire aux biens dont l'administration et la jouissance sont attribués au mari, tels que les biens propres sous le régime de la communauté.

Les partisans de cette restriction (1) prétendaient que l'inaliénabilité ne pouvait être stipulée dans le contrat de mariage pour les biens dont la femme conserverait la jouissance et l'administration, comme pour les biens de la femme séparée de biens ou pour les paraphernaux sous le régime dotal.

L'argument qu'ils invoquent nous intéresse, car il consiste à dire qu'une telle clause serait nulle parcequ'elle ne serait pas autorisée par la loi et ne serait plus qu'une clause d'inaliénabilité conventionnelle, non justifiée par les textes relatifs au régime dotal. Ces clauses entreraient donc dans le cadre de notre étude. Il faut remarquer que la tradition qui remonte jusqu'à la loi Julia n'admet l'inaliénabilité que pour les biens dont le mari est comptable à l'égard de la femme ; que le Code n'admet qu'une dérogation limitée aux pouvoirs du mari sur les biens dotaux, l'autorisation pour la femme de toucher une partie de ses revenus sur ses seules quittances (art. 1549 C. civ.).

Cette restriction n'a pas été admise par la jurisprudence. On a reconnu que les diverses dispositions relatives au régime dotal peuvent être séparées des dispositions voisines prévues par le Code, de telle sorte que l'inaliénabilité peut frapper un bien, dont l'administration est réservée à la femme. La Cour de Cassation a validé la clause d'un

(1) Valette, *Mélanges de droit, de jurisprudence et de législation*, t. I, p. 513 et suiv. — Aubry et Rau, *op. cit.* t. V, § 535, note 16. — Labbé, *Revue critique*, 1887, p. 442.

contrat de mariage par laquelle l'administration des biens dotaux était exclusivement attribuée à la femme (1). C'était précisément cette clause d inaliénabilité des paraphernaux qui paraissait à M. Valette si contraire aux textes et à la tradition, qu'il croyait suffisant d'indiquer cette conséquence comme possible pour faire rejeter le système de l'incapacité contractuelle dont nous aurons à parler bientôt. La Cour de Cassation, au contraire, se borne à dire que cette clause n'est interdite par aucune disposition de la loi et elle en constate la validité en invoquant la liberté des conventions matrimoniales, proclamée par l'article 1387 C. civil. Cette clause est donc validée par la Cour de Cassation et l'inaliénabilité qui en résulte est déclarée opposable aux tiers. Mais cette inaliénabilité est fondée aux termes de cet arrêt, sur les règles et les textes du contrat de mariage. Elle ne se rapporterait donc pas spécialement à notre sujet.

D'autres clauses insérées au contrat de mariage ont essayé d'étendre l'inaliénabilité aux acquêts de communauté, qui, en cas de séparation de biens judiciaire, survenue au cours du mariage, tomberaient dans le lot de la femme ou deviendraient tout au moins indivis entre elle et son mari. En application d'une clause qu'elle interprêtait dans ce sens, une femme séparée de corps prétendait s'opposer à la vente d'un immeuble, acquêt de communauté, indivis entre elle et son mari, à moins qu'il n'y fut procédé dans les formes imposées par le Code pour la licitation des immeubles dotaux indivis entre la femme et un tiers. La Cour de Cassation (2) déclara cette clause nulle et le bien aliénable, parce qu'elle estima que l'inaliénabilité

(1) Cass. 17 février 1886, D. P. 86, 1, 249 ; S. 86, 1, 161.

(2) Cass. 29 juin 1847, D. 47, 1, 295; S. 47, 1, 606.

des acquêts, survenant au cours du mariage et pouvant cesser au gré des époux, au cas de réconciliation suivie de publicité légale, serait contraire à l'immutabilité des conventions matrimoniales et que cette mesure était incompatible avec les droits du mari comme chef du ménage.

Une tentative plus importante fut faite, il y a quelques années, par certains notaires de Paris pour restreindre les pouvoirs d'aliénation de la femme mariée sur ses biens : cette tentative consistait dans la stipulation de ce que l'on a appelé l'incapacité contractuelle de la femme.

La femme déclarait dans le contrat de mariage qu'elle serait incapable de s'obliger, même avec l'autorisation du mari ou de justice. Cette clause l'aurait rendue sans doute incapable d'aliéner les meubles, quelle que fût leur provenance, sauf, bien entendu, l'application de l'article 2279, et surtout de céder ses droits incorporels, en particulier l'hypothèque légale, même dans les cas où elle n'aurait pas garanti une reprise dotale.

Enfin, mais cette dernière conséquence qui est encore plus grave, s'écarte du sujet spécial de notre étude, l'incapacité contractuelle aurait entraîné la nullité de toutes les obligations contractées par la femme mariée, même régulièrement autorisée, de telle sorte que ses créanciers n'auraient jamais pu la poursuivre sur aucun de ses biens, même après la dissolution du mariage, même sur les biens qu'elle aurait pu acquérir après cette dissolution. Toutefois, il ne s'agit plus ici d'inaliénabilité, mais d'insaisissabilité. Il nous suffira donc de dire que l'incapacité contractuelle, admise d'abord par deux arrêts de la Cour de Paris (1) a été repoussée définitivement par la Cour de Cassation (2).

(1) Paris, 17 nov. 1875, S. 76, 2, 65. — Paris, 6 déc. 1877, S. 78, 2, 161.

(2) Cass., 22 déc. 1879, D. 80, 1, 112. — Cass. 13 mai 1885, D. 86, 1, 204.

Il nous reste à signaler une tentative inattendue d'extension de la clause d'inaliénabilité en matière de contrat de mariage.

La Cour de Cassation a dû se prononcer sur la validité d'une clause contenue dans un contrat de mariage, dont le résultat pratique était de rendre certain bien du mari inaliénable. Les deux époux avaient mis en commun, chacun par moitié, une somme de 300.000 francs qui devait être obligatoirement affectée à l'achat d'un seul immeuble. Cet immeuble devait rester indéfiniment indivis entre eux, l'un et l'autre s'interdisant d'en demander, pendant la durée du mariage, le partage ou la licitation. Cet immeuble était dotal pour la partie appartenant à la femme et il ne pouvait être aliéné par les époux que d'un commun accord et à charge de remploi sur un seul immeuble de même valeur et également indivis.

La Cour de Paris avait déclaré ces conventions licites et obligatoires pour les époux par un arrêt du 6 juin 1885. Le mari qui demandait la licitation de l'immeuble pour pouvoir disposer de sa part se pourvut en cassation : il prétendait d'abord, qu'il ne pouvait s'être engagé valablement à rester plus de cinq ans dans l'indivision (art. 815 C. c.) et ensuite que l'interdiction d'aliéner un bien du mari sans un remploi déterminé était une clause d'inaliénabilité illicite et nulle.

La Cour de Cassation, après un long et remarquable rapport de M. Ballot-Beaupré, rejeta le pourvoi (1). L'article 815, dit la Cour, qui limite à cinq ans la durée du pacte d'indivision ne s'applique pas plus à la société conjugale qu'à une autre société ; l'indivision peut y être établie pour une

(1) Cass. ch. des Req. 30 novembre 1886, D. P. 87, 1, 49 avec le rapport de M. Ballot-Beaupré et une note de M. Poncet.

durée illimitée. L'obligation de n'aliéner qu'à charge de remploi déterminé n'est pas une clause d'inaliénabilité véritable ; elle n'en entraîne pas les inconvénients, car elle n'entrave pas la circulation des biens. Elle interdit seulement au mari d'en dissiper la valeur en cas d'aliénation.

D'ailleurs, ce n'est pas l'application de l'inaliénabilité dotale aux biens du mari, car celui-ci peut contracter valablement des obligations pour l'exécution desquelles ses créanciers pourront saisir le bien après la dissolution du mariage. Pendant la durée du mariage, ces mêmes créanciers peuvent prendre des mesures conservatoires, comme par exemple des inscriptions hypothécaires sur la part revenant au mari, sauf à subir les conséquences du partage définitif. Les obligations de la femme dotale, au contraire, quelque valables qu'elles puissent être à l'égard des autres biens, ne seraient jamais exécutoires sur le bien dotal, même après la dissolution du mariage.

La part du mari serait cependant insaisissable pendant le mariage, par application de l'article 2205 du Code civil qui interdit aux créanciers de saisir la part indivise de leurs débiteurs avant d'avoir demandé le partage. Cette application de l'article 2205 à la société en général, et à la société conjugale en particulier a bien été contestée, mais la Cour de Cassation l'a admise, en cas d'indivision entre époux par un arrêt du 1er décembre 1886 (1).

Contre la validité de la clause reconnue par l'arrêt du 30 novembre 1886, le pourvoi et la note insérée dans Dalloz faisaient remarquer que ces clauses ne manqueraient pas de porter une grave atteinte au crédit du mari, que le seul but d'une stipulation de cette nature est de restreindre les droits et l'autorité du mari et de rendre à peu près

(1) D. P. 1887, 1, 81.

indisponible une partie de son patrimoine, - dans l'espèce de l'arrêt, c'était même tout le patrimoine qu'avait le mari au moment du mariage qui était frappé de cette inaliénabilité. — Or, une stipulation qui produit de telles conséquences est incompatible avec les prérogatives que la loi a réservées au mari et auxquelles il ne saurait renoncer dans son contrat de mariage (art. 1388 C. civ.).

Le conseiller rapporteur avait répondu victorieusement, au sens de la Cour de Cassation, sur ces divers points. A l'argument qui consiste à invoquer l'ordre public, dès qu'il est question de restreindre la faculté de disposer des biens, le rapporteur opposait le principe supérieur de la liberté des conventions. Ces conventions sont licites, puisque l'article 815 ne s'applique pas aux immeubles placés volontairement en indivision par les époux, puisque, par suite, le mari ne pouvait demander la licitation de l'immeuble dotal pour partie, en vertu de la disposition du § 5 de l'article 1558. Pour aliéner, en dehors du cas prévu par cet article, le mari avait besoin du consentement de sa femme : il ne pouvait donc aliéner, puisqu'elle refusait ce consentement. D'autre part, disait le rapport, les prérogatives du mari, comme chef de la communauté ne sont pas atteintes ; il administre ce bien, en jouit, peut le grever dans la partie qui n'est pas dotale.

Malgré les termes formels de l'arrêt et la haute autorité du rapporteur, il ne faudrait pas peut être tenir la question pour définitivement résolue et conclure que l'inaliénabilité d'un bien appartenant pour partie en propre au mari et dotal pour la partie indivise appartenant à la femme sera dotal en ce qui concerne le mari, pourvu qu'on ait stipulé un pacte d'indivision pour une durée illimitée et qu'on ait eu la précaution d'imposer un remploi pour la valeur totale du bien indivis. Il faut se garder d'oublier que les

arrêts, même les plus juridiquement motivés sont souvent, par quelque côté, de véritables arrêts d'espèce. Celui que nous étudions n'échappe pas à cette règle à peu près générale. On en trouve l'aveu formel dans le rapport même de M. Ballot-Beaupré.

« Résumons nous, est-il dit dans ce rapport (1); le débat actuel s'agite, sans l'intervention d'aucun tiers, créancier ou autre, entre le mari et la femme. Le mari veut liciter une maison dont il est propriétaire pour moitié. La femme, propriétaire de l'autre moitié, refuse, à moins que, tenant la promesse faite dans le contrat de mariage, il ne consente à effectuer le remploi du prix tout entier. Il résiste. La Cour de Paris le déboute de sa demande. La décision, nous l'avons dit, est à l'abri de toute censure. »

La décision de la Cour de Cassation eut-elle été la même, si l'hypothèse concrète à juger eut été différente? Il est permis d'en douter, puisque nous voyons le rapporteur tirer évidemment argument de l'absence de tiers, intervenant au procès, créancier ou autre.

Si au lieu de demander la licitation contre sa femme, le mari avait aliéné sa part indivise sans faire aucun remploi du prix qu'il en aurait reçu, les tiers auraient-ils été responsables du défaut de remploi, et le mari aurait-il pu obtenir l'annulation de la vente ou un second paiement, comme aurait pu l'obtenir la femme dans une hypothèse semblable? Cela nous paraît assez douteux. La femme de son côté aurait-elle pu demander la nullité de cette aliénation de la part indivise du mari ou exiger du tiers le remploi; comme il était dit au contrat de mariage? Nous ne le croyons pas et nous sommes persuadés que la Cour de Cassation aurait validé au profit du tiers acquéreur, l'aliénation faite sans

(1) D. P. *loc. cit.*, 1887, 1, p. 52, 2e colonne.

remploi de la part indivise du mari. Sans doute, cette aliénation ne serait possible que sous la réserve des conséquences dangereuses pour le tiers acquéreur du caractère déclaratif du partage (art. 883 C. civ.) et le danger résultant de l'application de cet article pourrait rendre, en fait, l'aliénation difficile ; mais elle resterait théoriquement possible, et même en pratique plus aventureuse pour les intérêts du mari. Celui-ci vendrait à vil prix à un usurier qui, en rendant l'indivision insupportable à la femme, parviendrait à obtenir le consentement de celle-ci à la licitation. D'ailleurs, le mari aurait dissipé, sans retour, la valeur de sa part d'immeuble et les parties n'auraient pas atteint le résultat cherché qui était évidemment de garantir des revenus au ménage et de sauvegarder le mari de sa propre prodigalité.

C'est là, la principale question qui intéresse notre sujet : le mari ou la femme auraient-ils pu faire annuler l'aliénation consentie à un tiers par le mari dans les conditions que nous venons d'indiquer ? C'est seulement en cela que l'arrêt de 1886 soulève une question d'inaliénabilité. Or, cette question n'est pas envisagée par l'arrêt et le rapporteur a soin d'indiquer qu'il n'y a dans l'instance ni des créanciers du mari, ni d'autres intéressés. Ces « autres intéressés » auraient pu être les tiers acquéreurs de la part indivise du mari et il semble bien que leur présence au procès eut modifié l'opinion du rapporteur. En effet, il nous dit que, sauf les dangers résultant de l'application de l'article 883, les créanciers du mari pouvaient valablement recevoir de lui une hypothèque sur le bien indivis. Les acquéreurs, ces « autres intéressés » dont parle le rapporteur, ne pourraient-ils, sauf à courir les mêmes risques, se faire concéder le droit de propriété indivise appartenant au mari ?

C'est à ce point de vue qu'apparaît la défense d'aliéner que les parties ont voulu en réalité cacher sous la clause de remploi opposable aux tiers. Sans doute, elles ont permis l'aliénation sous cette condition, et la circulation des biens n'est pas atteinte, car le bien peut être aliéné, mais le droit pour le mari de disposer de la valeur de son bien est supprimé. Il peut l'échanger contre un autre ; il ne peut en dépenser le prix. C'est un autre point de vue de la liberté d'aliéner et on ne peut nier que cette liberté ne soit atteinte. Est-ce qu'on irait, après avoir validé la clause de remploi obligatoire des biens du mari, jusqu'à exiger qu'il obtienne de la justice l'autorisation d'aliéner sans remploi, pour fournir des aliments à sa famille ? Et, cependant, cette conséquence serait logique.

Voilà en quel sens, la clause de remploi, ainsi comprise, si elle était vraiment sanctionnée à l'égard du mari, rendrait son bien inaliénable.

Nous ne croyons pas, que, si la question se présentait devant la Cour de Cassation avec l'intervention d'un tiers acquéreur, la Cour suprême confirmât la solution qu'elle a facilement admise le jour où le mari et la femme étaient seuls intéressés au procès et ou il ne s'agissait que d'autoriser ou de défendre la licitation.

# TROISIÈME PARTIE

## Essai d'une théorie rationnelle de la défense d'aliéner

### OBSERVATIONS GÉNÉRALES

La jurisprudence admet la validité de la défense d'aliéner dans certains cas, la repousse dans d'autres, reconnaît à certains intéressés le droit de poursuivre la nullité de l'aliénation faite en violation de cette défense, refuse ce droit à d'autres intéressés, suivant des distinctions que nous avons exposées. Mais, nulle part, la jurisprudence n'indique clairement quel est le principe juridique sur lequel elle appuie ses diverses décisions.

S'il s'agissait de légiférer, il suffirait au législateur de déclarer souverainement dans un texte formel qu'il serait inutile de justifier par des motifs théoriques : il est permis aux donateurs et aux testateurs de défendre au gratifié d'aliéner les biens donnés ou légués, pourvu que cette défense soit écrite dans l'intérêt du disposant ou de tiers déterminés. Il leur sera permis aussi de défendre l'aliénation dans l'intérêt du gratifié, pourvu que cette défense ne soit pas stipulée pour la vie entière du gratifié, ni pour un

temps trop long. Une disposition légale ainsi conçue serait obligatoire et nous aurions seulement à rechercher la nature de la nullité qui en résulterait pour en déterminer exactement la sanction et indiquer les personnes qui pourraient s'en prévaloir.

Mais dénuée du pouvoir législatif, la jurisprudence peut seulement constater les conventions des parties ou les clauses des testaments, en rechercher la validité ou la nullité en présence des textes, et déterminer les effets qu'en l'état de la législation, les conventions ou les clauses testamentaires peuvent produire.

Il ne suffit pas à la jurisprudence de constater qu'une défense d'aliéner n'étant pas contraire au droit public est valide, pour qu'une sanction s'ensuive. Elle doit, si, en vertu de cette défense, elle annule une aliénation postérieure, nous indiquer la loi qui l'autorise à prononcer une telle nullité, en d'autres termes, quel est le principe juridique certain, quel est le texte précis qui attache à la volonté de l'homme cette sanction si grave.

Or, il faut se garder d'oublier que les arrêts interviennent toujours dans des cas où il s'agit pour le demandeur de faire prononcer la nullité d'une aliénation à l'égard d'un tiers qui a acquis un droit réel.

Aussi les arrêts ne s'expliquent-ils pas sur la nature du droit qui permet cette action en nullité de l'aliénation. Ils se contentent d'examiner deux points seulement : la défense d'aliéner est-elle licite? Le demandeur a-t-il qualité pour s'en prévaloir ? Ils supposent, sans s'expliquer jamais, que dès lors que la clause est licite, la nullité de toute aliénation doit s'ensuivre.

Il existe en cette matière une confusion constante qu'il faut tout d'abord faire disparaître, si l'on veut bien comprendre les divers systèmes proposés par les auteurs. Leurs systè-

mes ont en vue deux conceptions fort différentes de la défense d'aliéner qui, exposées successivement, pourraient jeter beaucoup de clarté dans cette matière difficile. Une double analyse de la défense d'aliéner nous permettra d'obtenir ce résultat.

## CHAPITRE PREMIER

### Double analyse de la défense d'aliéner

La défense d'aliéner est un échange de volontés, coexistantes dans la donation, successives, par l'acceptation du legs, dans le testament par lequel une partie demande et l'autre promet que le bien ne sera pas aliéné pendant un délai déterminé ou sauf telles conditions ou tel consentement qu'il plait aux parties de stipuler. Que résulte-t-il naturellement de ce concours de volontés? L'obligation pour le promettant de ne pas aliéner, le droit pour le stipulant de demander compte au promettant de toute violation de sa promesse.

Même en restreignant son étude à l'examen de cette obligation de ne pas faire, sans lui rattacher le droit de résolution de la libéralité qui peut parfois l'accompagner, on a déjà à envisager la question que se posent les arrêts ? Cette clause est-elle licite? c'est-à-dire est-il permis de placer le nouveau propriétaire sous la menace d'une sanction, consistant en dommages-intérêts, par exemple, pour le cas où il ferait usage de son droit de disposition ?

Il n'est pas nécessaire que l'on reconnaisse à la clause l'efficacité suffisante pour rendre impossible objectivement tout transfert de propriété, il suffit qu'elle expose l'acquéreur à une action ou à une résolution dans certains cas, pour qu'on doive se poser la question : est-elle licite ?

En effet, à propos de la défense de se marier que les auteurs étudient tous en même temps que la nôtre, il n'y a pas lieu de se demander si la liberté de se marier sera

objectivement supprimée par cette défense, ce que tout le monde sait être impossible. Il suffit que cette liberté puisse être paralysée en fait chez le gratifié par la crainte d'une résolution de la libéralité, pour qu'on ait à se demander si la défense de se marier est licite.

Dans le domaine de notre étude, il suffirait donc que, le droit de disposition restant entier, le gratifié eut à souffrir dans ses biens d'une aliénation, pour qu'on se posât la question que se posent les arrêts : La clause prohibitive d'aliénation est-elle licite ? C'est-à-dire la clause de ne pas aliéner ne va-t-elle pas amener indirectement et en fait le gratifié à ne pas exercer son droit d'aliénation et cette contrainte indirecte n'aura-t-elle pas des conséquences contraires à l'ordre public, n'entraînera-t-elle pas l'immobilisation des biens dans une mesure préjudiciable à l'intérêt général ?

Cette question, la jurisprudence l'a résolue, et nous avons vu dans quels termes : pour chacune des trois classes de défenses d'aliéner qu'elle a faites, elle a déterminé les limites de temps dans lesquelles elle estimait qu'une pareille contrainte ne pouvait intéresser l'ordre public.

C'est en entendant, ainsi que nous venons de l'admettre, la défense d'aliéner comme un accord de volonté qui impose au gratifié une obligation de ne pas faire que M. Bartin a pu comparer notre clause à la promesse de vente unilatérale (1). Comme la promesse unilatérale de vente, l'interdiction d'aliéner sera violée par le transfert de la propriété. Celui qui a consenti la promesse de vente est tenu en effet à ne vendre à aucun autre qu'à celui envers lequel il s'est engagé. Celui qui accepte la défense d'aliéner est tenu à ne vendre à personne. Dès qu'ils ont accompli ce qu'ils s'étaient

(1) Bartin. — *Des conditions impossibles et illicites.* p. 158 et seq.

volontairement interdit de faire, ils ont l'un et l'autre violé leur contrat; ils sont tenus de réparer le préjudice qu'ils ont causé. Hâtons-nous de dire que, celui qui enfreint la défense d'aliéner est exposé, non seulement à l'action en dommages-intérêts, comme celui qui a enfreint la promesse de vente, mais encore dans certains cas à une action en résolution, car la violation de la défense d'aliéner peut entraîner la résolution de la libéralité à laquelle elle a été jointe. Mais en principe, et sauf ce que nous aurons à dire au sujet des effets de la résolution à l'égard des tiers, l'aliénation faite en violation soit de la défense d'aliéner, soit de la promesse unilatérale de vente reste valablement faite : le bien n'était pas hors du commerce et le propriétaire était capable de l'aliéner. Mais les parties, dit-on, ont eu un autre but : il ne leur a pas suffi d'imposer au gratifié une obligation de ne pas faire, cette obligation fût-elle parfois garantie par une action en résolution de la libéralité. Les parties ont voulu rendre objectivement impossible l'aliénation du bien par le gratifié Elles ont voulu que l'aliénation qu'il tenterait d'accomplir fut nulle. Leur intention n'est plus celle des parties qui stipulent une promesse unilatérale de vente. Elle est comparable à celle de la femme qui stipule l'inaliénabilité dotale de son bien. Les parties contractantes ont prétendu à ce que l'aliénation ne fut pas possible; elles ont convenu que si l'aliénation avait lieu, celui au profit duquel l'inaliénabilité aurait été stipulée, que ce fût le donateur, un tiers, le gratifié lui-même, que l'intéressé pourrait faire annuler cette aliénation contraire à la volonté des parties.

La volonté des parties peut-elle avoir une si grande efficacité ?

Rendre un bien objectivement inaliénable, cela est possible dans le contrat de mariage, parce que la loi le permet et

prend soin elle-même d'en organiser la sanction. Mais est-ce possible quand la loi ne vient pas habiliter la volonté des parties ?

C'est ici, sous cette conception nouvelle de la défense d'aliéner, de la clause d'inaliénabilité, pour mieux dire, que se place l'observation de M. Bartin, quand il dit : nous nous trouvons en présence d'une convention qui ne peut recevoir son efficacité qu'avec l'aide de la loi ; la volonté de l'homme ne peut,sans le secours de la loi, obtenir ce résultat, qu'un bien qui est dans le commerce, ne puisse pas être aliéné par un propriétaire que la loi reconnaît capable (1).

Loin de résoudre cette difficulté, la jurisprudence ne l'aborde même pas. Les arrêts se posent la question : l'ordre public sera-t il violé si l'on donne efficacité à la clause qui entraînera inaliénabilité à l'égard des tiers ? Non, disent-ils dès que l'inaliénabilité n'est pas stipulée pour un temps trop long, elle ne porte pas atteinte au principe qui exige que le propriétaire ait la libre disposition de ses biens.

Cette réponse peut suffire pour faire valider la première forme de la défense d'aliéner, en ce que cette prohibition a pour effet d'imposer au gratifié une obligation de ne pas faire. Il est bien certain, en effet, que les parties peuvent toujours être capables de faire naître une obligation par le concours de leurs volontés, il s'agit de savoir seulement si l'objet qu'elles ont en vue n'est pas illicite ; c'est la seule restriction éventuelle au pouvoir qu'elles puisent dans leur capacité.

Mais quand il s'agit de soustraire un bien à l'égard des tiers au régime légal de la propriété, la première question à se poser n'est pas de savoir si cette mesure produira un

(1) Bartin, *loc. cit.*

effet contraire aux lois, mais de rechercher si les parties ont la capacité nécessaire pour atteindre ce résultat, si la volonté de l'homme, quand la loi ne la soutient de sa force, a cette puissance. De sorte que, même dans une mesure jugée non dangereuse pour la circulation des biens, un résultat de ce genre ne saurait être certainement obtenu.

Pour atteindre ce but, on a proposé plusieurs moyens juridiques : la rétention du droit d'aliéner par le disposant, la mise du bien hors du commerce, l'incapacité d'aliéner imposée au gratifié (1).

La volonté de l'homme peut-elle, dans notre droit, produire l'un de ces effets. Nous allons l'examiner successivement pour chacun d'eux. Si nous le reconnaissons impossible, nous serons amenés à déclarer que la défense d'aliéner, malgré l'intention des parties d'imposer l'inaliénabilité à l'égard des tiers, n'a pu produire qu'une simple obligation de ne pas faire.

## Section 1re. — *Réserve d'un démembrement de la propriété au profit du disposant*

On pourrait essayer d'analyser la disposition accompagnée de la défense d'aliéner en un transport de la propriété diminuée d'un démembrement, le droit d'aliéner retenu par le disposant à son profit. Cette opération juridique serait semblable à l'acte par lequel une personne transfère à une autre la propriété d'une chose, en se réservant l'usufruit, une servitude, un droit d'usage ou d'habitation. Dans ces derniers cas, la

(1) La question a été examinée et résolue d'après une théorie analogue à celle de M. Bartin par M. Boutaud, note sous arr. Paris 9 mars 1900, D. 1901, 2, 505.

propriété est transmise incomplètement ; le disposant en conserve un démembrement qui est tantôt le *jus fruendi* et le *jus utendi* réunis, tantôt le *jus utendi* seul, entier ou partiel. Dans la disposition avec défense d'aliéner, dit-on, le démembrement de la propriété, retenu par le disposant, n'est plus le *jus fruendi*, ni le *jus utendi*, mais le *jus abutendi* ; ce n'est même qu'une partie du *jus abutendi*, en général au moins, le droit de disposer de la chose par le transfert de la propriété ou d'un droit réel.

Il faut reconnaître que ce système, s'il était exact, donnerait satisfaction au moins en partie, aux désirs de la jurisprudence. Le droit de disposer ne se trouvant pas dans le patrimoine du gratifié, l'aliénation totale ou partielle qu'il consentirait serait nulle, et le donateur, comme les tiers, comme ceux auxquels le donateur céderait ce droit, pourrait faire prononcer cette nullité. Mais le gratifié, lui-même, ne pourrait revendiquer ou demander l'annulation du droit réel par lui consenti, car il serait tenu par la maxime : celui qui doit garantir ne peut évincer.

La création d'un démembrement d'un droit réel et son attribution au disposant sont-elles juridiquement possibles ?

La création de ce démembrement se trouve-t-elle en réalité dans l'acte que nous étudions ?

Telles sont les deux questions que nous devons nous poser au sujet de ce premier système.

La grande majorité de la doctrine admet que l'on peut créer des droits réels en dehors de ceux qui sont établis par la loi, en d'autres termes, que l'article 543 du Code civil, ne contient pas une énonciation limitative (1).

(1) Voir, par exemple, Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t, 3, n° 74, et dans la jurisprudence, Cass. req. 15 juin 1834 D. Rép. v° propriété, n° 66. — Cass. 5 nov. 1866 D. P. 67, 1. 32.

Prétendre limiter la liberté des parties par les règles de l'ordre public, serait résoudre trop facilement la question et heurter de front la jurisprudence qui n'admet pas que l'ordre public ne tolère aucune exception au principe de la libre disposition des biens, et qui déclare que l'ordre public est lésé, alors seulement que la faculté d'aliéner est paralysée pour longtemps. Comme aucun texte formel ne contredit cette jurisprudence, nous n'avons aucun moyen de la réfuter, mais il nous est permis de rechercher, non si cette théorie aboutit à un résultat contraire à l'ordre public, mais si la volonté de l'homme peut imposer, à titre de démembrement de la propriété, une défense d'aliéner.

Or, nous croyons que la volonté de l'homme ne le peut pas, parce qu'il ne s'agit pas ici d'un véritable démembrement de la propriété. Nous ajouterons, en répondant à notre deuxième question que les parties n'ont pu vouloir, par la stipulation d'une défense d'aliéner, créer un démembrement de la propriété.

Ce droit retenu par le disposant ne ressemblerait pas à tous les autres démembrements de la propriété qui donnent un droit positif à leur titulaire, qui l'investissent d'un attribut de la propriété : droit d'user ou de jouir ou de faire vendre. Ici le donateur ne pourrait dire qu'il a conservé le droit de disposer, car il ne peut aliéner lui-même. Il a simplement voulu anéantir le droit d'aliéner pendant un certain temps : il n'a pas voulu se le réserver.

Si la doctrine, en majorité, et la jurisprudence reconnaissent aux parties le droit de multiplier les démembrements de la propriété, il faut encore que ce soient de véritables démembrements. Un démembrement suppose l'existence, chez son titulaire, de la fraction de la propriété dont le propriétaire est privé. Or, l'intention des parties n'est certainement pas de créer un droit réel au profit du donateur ;

les parties ont voulu que le droit de disposer passât au gratifié, mais qu'il fut paralysé entre ses mains.

Un jugement du Tribunal du Mans du 28 juin 1898 cité par Demante a fait une application curieuse et exacte de cette doctrine que le disposant n'a pas retenu sur la chose transmise par lui un droit réel, un démembrement de la propriété (1).

Dans une espèce où l'acte de donation interdisait au gratifié d'aliéner sans la volonté du donateur, ce dernier consentant à une hypothèque avait donné son consentement par acte sous seing privé, tandis que le gratifié avait régulièrement constitué l'hypothèque par acte authentique. On demandait au Tribunal l'annulation de cette hypothèque parce que disait-on, l'un des deux titulaires de la propriété, le donateur l'avait concédée sous seing privé, contrairement aux prescriptions du Code civil. La nullité aurait dû être prononcée, en effet, si le droit de disposer avait été entre les mains du donateur sous forme de démembrement viager de la propriété. Le donateur aurait concédé par l'exercice de ce droit une hypothèque sur cette sorte de co-propriété et son acte de constitution aurait dû revêtir la forme exigée de tous les actes de constitution d'hypothèque. Mais le Tri-

(1) *Revue critique*, 1898. — Voir aussi un arrêt de la Cour d'Orléans du 17 janvier 1846 ; D. 46, 2, 203. Dans cet arrêt il s'agissait d'une donation par contrat de mariage avec réserve d'usufruit. La Cour déclara qu'en interdisant d'aliéner et d'hypothéquer pendant sa vie le donateur ne violait pas l'art. 894 du C. civ. qui veut qu'il se dépouille actuellement des biens donnés, car la propriété passait bien au donataire.

Voir en sens contraire l'arrêt précité de Rennes du 22 mars 1862 confirmé par la Cour de Cass. du 27 juillet 1863, dans S. 63, 1, 465. Ces arrêts font résulter la défense de saisir de la défense d'aliéner par ce motif que les créanciers ne peuvent exercer le droit d'aliéner qui n'appartient pas à leur débiteur mais que s'est réservé le disposant en insérant une défense d'aliéner dans la donation.

bunal vit très-bien que telle n'était pas la situation. Les parties n'avaient jamais voulu conserver au donateur le droit de disposer, mais seulement le droit de demander la révocation de la disposition pour inexécution de la condition ou de la charge : et, par son acte, le donateur ne constituait pas l'hypothèque que le donataire constituait seul en sa qualité de propriétaire unique ; il renonçait, à l'égard du créancier hypothécaire, à son droit de faire disparaître l'hypothèque avec la propriété du donataire.

M. Demante approuve cette solution curieuse. Comme tous les auteurs, il admet que la défense d'aliéner ne peut s'analyser en la rétention par le disposant d'un démembrement de la propriété.

### Section II. — *Incapacité du gratifié*

D'après un second système, la défense d'aliéner n'impliquerait le maintien d'aucun droit réel dans le patrimoine de l'aliénateur. Le gratifié deviendrait propriétaire absolu. Il acquerrait la propriété entière ; mais il deviendrait, par l'effet de son acceptation en matière de legs, incapable de consentir valablement une aliénation, pendant la période déterminée par son titre.

Rendons-nous compte, tout d'abord, du champ d'application de ce système. On ne peut concevoir un contrat de donation qui se propose d'obtenir l'inaliénabilité au profit du donateur seul ou d'un tiers et qui, pour atteindre ce résultat unique, enlève au gratifié la capacité d'aliéner. En effet, l'incapacité n'entraîne pour les actes de l'incapable qu'une nullité relative. Cette nullité, l'incapable seul peut l'invoquer et les autres personnes, quel que soit leur intérêt, ne peuvent la faire prononcer. Par suite, le donateur et le

tiers, au profit desquels l'inaliénabilité serait établie, ne pourraient demander, en vertu de l'incapacité du gratifié, la nullité des aliénations que ce dernier avait consenties, en violation de la clause de son titre. Dans ce cas, l'incapacité du nouveau propriétaire ne permettrait pas d'atteindre le but poursuivi. D'autre part, le légataire ou le donataire ne saurait invoquer son incapacité, car il serait contradictoire de l'autoriser à demander la nullité de ses aliénations, si l'on admet par hypothèse que l'inaliénabilité n'a pas été stipulée à son profit.

Le système de l'incapacité, s'il était juridique, ne servirait donc à assurer que l'observation de la défense d'aliéner insérée dans un acte au profit du gratifié. Dans ce cas, il suffirait, pour donner effet à la volonté des parties, que le gratifié pût demander, en vertu des principes de la nullité relative, la rescision des aliénations ou des constitutions de droits réels par lui consenties.

Cette observation préliminaire ne nous paraît cependant pas de nature à faire écarter le système qui fonde l'inaliénabilité sur l'incapacité du gratifié. Pour refuser d'interpréter la défense d'aliéner comme un démembrement de propriété, nous ne nous sommes pas prévalus du fait que ce système ne permettait pas d'assurer l'inaliénabilité dans tous les cas où la jurisprudence l'admet. Il ne semble pas inconcevable que chacun des trois intérêts en vue desquels l'inaliénabilité est d'ordinaire établie, soit protégée par un moyen juridique différent. Il faut donc que nous examinions en lui-même le mérite du système fondé sur l'incapacité, comme nous l'avons fait pour le système précédent, sous le bénéfice de cette observation, qu'il ne pourrait jamais garantir l'exécution de la défense d'aliéner que dans une seule de ses fonctions.

Mais ici, se dresse une première objection fréquemment

opposée, qui ne nie pas la légitimité du moyen juridique, mais son efficacité. Le gratifié, dit-on, ne pourra faire valoir son incapacité, puisque, ayant lui-même aliéné en violation de son titre, il est tenu de garantir l'acquéreur : le gratifié ne peut évincer celui auquel il doit garantie.

Cette objection ne soutient pas l'examen. Tout incapable demande la nullité de ses aliénations et l'obtient contre ses acquéreurs, dans le cas où son incapacité lui permet de l'obtenir, et la règle qu'ici l'on invoque ne paralyse point son droit. Celui qui demande la rescission d'une aliénation en invoquant son incapacité au temps où il l'a consentie n'évince pas l'acquéreur. Celui-là seul l'évincerait, qui prétendrait recouvrer la propriété de la chose, parce qu'il n'en était pas propriétaire au jour de l'aliénation et qu'il l'est devenu plus tard, comme héritier du propriétaire véritable, par exemple. Celui-là tenterait d'évincer, c'est-à-dire d'exercer un droit réel antérieur à l'aliénation et exclusif de tout droit réel de l'acquéreur. On opposerait au droit réel qu'il invoquerait l'obligation de garantie née d'un contrat de vente consenti par lui et parfaitement valable.

Dans notre hypothèse, il en serait tout autrement. Le gratifié n'évincerait pas, en invoquant un droit réel autre que celui qu'il aurait pu transmettre pas son contrat ; il nierait la validité de cette convention, de sorte que, ce contrat étant annulé, il ne serait plus capable d'avoir donné naissance à l'obligation de garantie. Vraiment, on ne trouve là aucune des conditions exigées par la simple logique pour l'application de la règle d'après laquelle on ne peut évincer celui qu'on doit garantir.

Ce n'est donc pas cette objection qui pourrait empêcher d'assurer l'inaliénabilité par l'incapacité du gratifié.

Cette incapacité nous paraît impossible à obtenir par la volonté des parties. Les parties ne peuvent, par leurs con-

trats ou par leurs testaments suivis d'acceptation, modifier la capacité d'une personne, car l'état des personnes est souverainement réglé par la loi. Toutes les règles de capacité sont d'ordre public et nous ne pouvons, en aucune façon, par notre volonté, nous dépouiller d'un des attributs de la personnalité. La loi a dérogé à la capacité commune à l'égard de la femme dotale (1). Elle pourrait le faire pour d'autres catégories de propriétaires ; mais elle seule à ce pouvoir. Il n'appartient qu'à la loi seule d'autoriser le prolongement de la minorité et de l'incapacité d'une personne, relativement à une chose donnée ou léguée.

Demolombe déclare (2) qu'après avoir professé cette doctrine, il a modifié son opinion et il a admis la validité de la clause d'inaliénabilité au profit du gratifié. Mais il ne permet pas au gratifié de demander lui-même la nullité des aliénations par lui consenties.

C'est que Demolombe commet une confusion, dont nous avons essayé de nous garantir dans un précédent chapitre, entre les deux clauses essentiellement différentes. Il néglige de distinguer la défense d'aliéner par laquelle on veut simplement faire naître à la charge du gratifié une obligation de ne ne pas faire de la clause d'inaliénabilité par laquelle on veut changer la condition des biens ou la capacité des personnes et atteindre les choses aliénées entre les mains des tiers acquéreurs.

Quand Demolombe nous dit qu'admettre la validité de la défense d'aliéner, c'est prolonger ou faire naître la minorité, il nous parle de la clause d'inaliénabilité à effet réel,

(1) Nous avons vu que l'extension de l'incapacité contractuelle de la femme mariée, tentée en dehors des limites du régime dotal a été repoussée par la jurisprudence.

(2) *Donations et testaments*, t. 1, n° 290 et seq.

de nature à changer la capacité des personnes. Nul doute que cette clause n'atteigne son but : elle a un objet impossible.

Lorsque le même auteur parle de la défense d'aliéner valable, mais sans sanction réelle au profit du gratifié qui à aliéné, il ne parle plus d'une clause d'inaliénabilité pouvant affecter la capacité de ce gratifié, car on ne peut concevoir d'incapacité qui n'entraîne pas de nullité, l'incapacité n'ayant jamais eu d'autre effet. Il vise la défense d'aliéner qui a pour objet de faire naître à la charge du gratifié une obligation de ne pas faire. Cette clause est pleinement valable et nous la retrouverons pour étudier ses effets.

La preuve de la confusion commise par Demolombe résulte du fait que cet auteur admet l'analogie de la défense d'aliéner qu'il déclare valable et de la défense de se marier imposée par le disposant au gratifié. Or, nul ne saurait prétendre que pareille défense puisse avoir pour effet de modifier la capacité du gratifié par rapport au mariage et de lui permettre de demander la nullité d'un mariage contracté antérieurement. D'après l'opinion unanime, le contrevenant à cette prohibition se serait seulement rendu passible de certaines peines pécuniaires à l'égard du disposant. Il a contracté l'obligation de ne pas faire ; il ne s'est pas rendu incapable de faire. Entre la défense de se marier et la clause d'inaliénabilité à effet réel, aucune analogie n'est possible.

Gardons-nous donc de confondre les deux effets bien différents de l'incapacité d'aliéner et de l'obligation de ne pas aliéner et concluons que l'inaliénabilité ne peut pas être assurée contre les actes du gratifié par la diminution de sa capacité que seule la loi peut limiter ou faire disparaître.

### Section III. — *Mise hors du commerce*

La clause d'inaliénabilité pourrait produire des effets par elle-même à l'égard des tiers, si elle résultait de la volonté de frapper la chose d'indisponibilité et si une telle volonté pouvait être efficace.

Expliquer en ce sens la défense d'aliéner, afin de la rendre opposable aux tiers, ce serait le moyen de donner effet dans tous les cas à notre clause. On tenterait vainement d'obtenir ce résultat, en voulant faire produire à la défense d'aliéner soit un démembrement de droit réel réservé au profit du disposant, soit une incapacité personnelle à la charge du gratifié. Dans le premier cas, avons-nous vu, le donateur ou les représentants du testateur pourraient seuls agir contre les tiers acquéreurs ; dans le second, le gratifié seul pourrait agir en nullité des aliénations par lui consenties.

Si l'on pouvait légitimement faire résulter de la clause l'indisponibilité réelle de la chose, la mise hors du commerce, si la défense d'aliéner atteignait l'objet du droit de propriété en lui enlevant la qualité d'être transmissible, au lieu d'affecter ce droit lui-même dans son étendue ou la capacité de celui qui en est devenu titulaire, on permettrait à tous les intéressés d'invoquer la nullité des aliénations contrevenantes à la clause. L'absence d'objet licite entache en effet les aliénations d'une nullité absolue et il suffit d'avoir intérêt à invoquer la nullité pour le pouvoir. Ainsi, suivant les hypothèses, l'indisponibilité de la chose pourrait être invoquée par le disposant, par un tiers ou par le gratifié, selon que la clause aurait été stipulée au profit de l'une ou de l'autre de ces personnes.

Mais, par malheur pour l'efficacité de notre clause à l'égard des tiers, il n'est pas plus possible à la volonté de l'homme de rendre une chose indisponible qu'il n'est à sa portée de créer un démembrement de propriété dans les conditions que nous avons examinées plus haut ou de rendre incapable une personne que la loi ne frappe pas d'incapacité.

Quand la loi déclare que tous les biens peuvent être vendus dès qu'ils sont dans le commerce et qu'une loi spéciale ne prohibe pas leur aliénation (art. 1598 C. civil), elle entend certainement par choses hors du commerce celles auxquelles leur nature interdit absolument d'être les objets d'un droit de propriété. La loi se réfère certainement à l'article 714 C. civ. : « il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous ». La seconde partie de l'article 1598, en réservant à la loi seule le droit de placer hors du commerce les choses que leur nature propre ne rend pas commune à tous, refuse évidemment ce pouvoir à la volonté de l'homme.

Cette théorie est appliquée par la jurisprudence dans les cas où les parties ont voulu dans une vente ou un autre acte à titre onéreux insérer une défense d'aliéner à laquelle elles veulent faire produire un effet contre les tiers. Quand, en vertu de cette clause, elles vont demander à la justice de déclarer nulle à l'égard de l'acquéreur une vente ou une cession postérieure, pour faire produire un effet réel à leur prohibition, elles prétendent avoir attaché à l'objet lui-même un certain caractère d'indisponibilité, l'avoir frappé d'une mise hors du commerce.

En réalité, le même résultat est aussi impossible à obtenir en matière de donation ou de legs. La jurisprudence, quand elle a admis en matière d'actes à titre gratuit, que la volonté de l'homme pouvait obtenir des résultats impossibles à réaliser par elle dans les actes à titre onéreux, a été

victime de fausses apparences et d'analogies trompeuses. M. le Procureur général Pinard, dans ses conclusions que nous avons déjà citées (1), justifie l'effet réel qu'il attribue à notre clause par les cas admis par la loi en matière de donation, tels que le retour conventionnel et la révocation pour cause d'ingratitude.

Or, dans ces cas, comme dans tous ceux où il y a transmission d'un droit réel conditionnel, le droit réel transmis n'est pas inaliénable. Le gratifié peut toujours aliéner. Sans doute, comme l'objet est un droit réel conditionnel, ce droit peut s'éteindre entre les mains de l'acquéreur ; mais l'aliénation n'est pas critiquable en elle-même. Dans le cas d'inaliénabilité, les parties ont voulu qu'il ne puisse pas y avoir aliénation. L'hypothèse est bien différente et l'on peut dire que rien d'analogue à l'inaliénabilité réelle résultant d'une convention n'existe en matière d'actes gratuits.

Nous conclurons donc fermement que, la volonté de l'homme étant incapable de mettre un bien hors du commerce, ce n'est pas par ce moyen que les parties pourront jamais faire produire à leur clause quelque effet à l'encontre des tiers.

Nous avons ainsi examiné les trois points de vue auxquels la jurisprudence paraît s'être placée pour essayer de justifier l'effet réel qu'elle attribue à la défense d'aliéner. Pour nous, l'inaliénabilité, destinée à produire ses effets à l'égard des tiers, est impossible à réaliser par la volonté humaine, si la loi ne supplée ses forces. Nous aurons à rechercher dans la conclusion de notre étude s'il n'est pas à désirer que la loi intervienne, afin de rendre l'exécution de la volonté des parties opposable aux tiers.

(1) Requisitoire rapporté dans Dalloz 1864, 2, 91, sur l'arrêt de Douai du 27 avril 1864.

## Section IV. — *Obligation de ne pas faire*

La clause d'inaliénabilité destinée à produire des effets à l'égard des tiers est nulle, parce qu'elle a un objet impossible à réaliser. Elle est donc nulle pour défaut d'objet : il n'y a que les choses qui sont dans le commerce, dit l'article 1128 du Code civil, qui puissent être l'objet des conventions.

Lorsque les parties paraissent avoir voulu atteindre ce résultat vainement poursuivi, leur volonté ne produira-t-elle aucun effet ? Que par la défense d'aliéner les parties aient eu l'intention de produire un droit réel opposable aux tiers, ou qu'elles n'aient cherché qu'à créer un droit de créance, la clause prohibitive d'aliéner produira une simple obligation de ne pas faire, car, en vertu d'une règle d'interprétation qu'il ne faut jamais perdre de vue, on doit entendre les manifestations de la volonté des parties dans le sens où il est possible de leur faire produire un effet. Quand une clause d'inaliénabilité sera insérée dans un acte, tant que la loi ne la validera pas dans les effets que les parties ont voulu lui attribuer à l'égard des tiers, il sera nécessaire de l'entendre dans le sens d'une défense d'aliéner génératrice d'une obligation de ne pas faire, dont nous avons reconnu plus haut la validité (1).

Comme nous l'avons remarqué, c'est à la défense d'aliéner faisant naître une simple obligation de ne pas faire que s'appliquent la plupart des arguments présentés en

(1) C'est ainsi, avons-nous constaté, que la jurisprudence considère la défense d'aliéner dans l'hypothèse spéciale ou, par un acte à titre onéreux, des industriels s'engagent à n'aliéner qu'à certaines personnes ou suivant certaines conditions.

faveur de la défense d'aliéner. Elle seule se propose un objet possible : faire naître une obligation à la charge d'une personne ; à elle seule peut s'appliquer la comparaison si fréquemment reproduite avec la promesse unilatérale de vente qui donne à celui qui a reçu la promesse le droit de demander des dommages au promettant s'il vend à un autre, qui ne lui donne pas le droit de suivre la chose vendue entre les mains des tiers. C'est seulement en visant cette défense d'aliéner génératrice d'obligation, que l'on peut raisonner en sa faveur par analogie avec la donation à condition de ne pas se marier, avec la vente à réméré par lesquelles le gratifié ou l'acquéreur, sans restreindre leur liberté, s'engagent à supporter les dommages dont ils pourront être tenus par l'usage éventuel de cette liberté.

C'est seulement à l'occasion de cette défense d'aliéner génératrice d'obligation, qu'il y a lieu, nous semble-t-il, de se demander si la prohibition a un objet licite. Pour la clause destinée à produire des effets *erga omnes* et que nous appellerions volontiers et spécialement la clause d'inaliénabilité, on n'aurait pas à chercher si l'objet est licite, mais s'il est possible. La question de la possibilité de l'objet ne paraît pas avoir été posée par la jurisprudence. Les arrêts examinent si l'inaliénabilité *erga omnes* sera dangereuse dans tel ou tel cas, si elle est prohibée positivement par un texte dans les hypothèses et pour la durée que les parties ont eu en vue ; et, selon ces considérations, ils la valident ou l'annulent. Mais la jurisprudence ne se demande jamais si la volonté des parties peut, par elle seule, produire un pareil résultat, et si, au lieu de faire état de l'absence d'une loi prohibitive pour consacrer les effets d'une telle clause, il ne faudrait pas exiger l'existence d'une loi supplétive à la volonté des parties, pour permettre de faire ce que la volonté de l'homme seule ne peut réaliser.

Dans notre seconde forme de la défense d'aliéner proprement dite, peut se poser légitimement et utilement la question de savoir s'il est licite de stipuler l'incessibilité. Le lien purement personnel que les intéressés veulent faire naître peut sans aucune difficulté être créé par la volonté des parties. Une seule question reste douteuse: ne sera-t-il pas illicite de tendre, par la menace de fait d'une sanction pécuniaire, à empêcher l'aliénation possible en droit? C'est là qu'apparait fort bien l'analogie avec cette autre question que les auteurs discutent à la même place, sous l'article 900 du Code civil : est-il licite ou illicite de défendre au gratifié de se marier ou d'entrer dans les ordres?

A la question posée de la sorte, à propos d'une obligation de ne pas faire acceptée par le gratifié, nous répondons sans hésiter: la défense d'aliéner ainsi comprise n'est pas illicite. Elle ne soulève aucune des questions morales de liberté individuelle ou de liberté de conscience qui peuvent faire naître un doute au cas où il s'agit d'une défense de se marier ou d'entrer en religion. C'est ici que les intérêts divers invoqués par la jurisprudence pour valider la clause d'inaliénabilité, impossible à réaliser en elle-même, nous semblent déterminants. Comparés aux légers inconvénients d'une simple inaliénabilité de fait, dont ne peuvent jamais souffrir les tiers, ces avantages sont absolument décisifs; et, en l'absence de textes précis interdisant l'obligation de ne pas aliéner, cette clause nous paraît devoir être validée sans hésitations.

## CHAPITRE II

### Conditions et effets de la défense d'aliéner considérée comme une obligation de ne pas faire

#### SECTION 1re. — *Dans quels cas la défense d'aliéner peut-elle faire naître une obligation de ne pas faire ?*

La jurisprudence accorde l'action en nullité contre les tiers acquéreurs à tous ceux au profit desquels, dans une donation ou un testament, a été stipulée la clause d'inaliénabilité : elle l'accorde, suivant les cas, au donateur, au tiers, au gratifié lui-même. Aux dépens du gratifié seulement, elle admet une exception : elle lui refuse l'action en nullité, quand l'inaliénabilité a été stipulée à son profit pour toute la durée de sa vie.

Valide et efficace dans la conception assez imprécise qu'en a la jurisprudence, la défense d'aliéner, telle que nous venons de l'analyser, pourra-t-elle faire naître une obligation dans les mêmes cas ? Des distinctions s'imposent.

Quand le donateur a stipulé à son profit personnel la défense d'aliéner, il est bien certain que la clause de la donation produit entre celui qui l'a imposée et le donataire qui l'a formellement acceptée une obligation de ne pas faire à la charge du gratifié. Cette convention accessoire, ce pacte adjoint à la donation donne naissance à une obligation entre les contractants. Pour ce premier cas, il n'y a donc pas de difficulté : l'obligation de ne pas faire nait toujours.

Quand ladéfense d'aliéner est stipulée au profit d'un

tiers, elle peut se trouver insérée dans une donation ou dans un testament et, dans ces deux cas, les règles à appliquer différent, si les résultats sont à peu près identiques.

Si la défense d'aliéner au profit d'un tiers est insérée dans une donation entre vifs, on se trouve dans le cas prévu par l'article 1221 du Code civil : le donateur a stipulé l'inaliénabilité pour un tiers, et il l'a fait valablement parce que telle est la condition d'une donation qu'il a faite à un autre.

De cette convention accessoire qu'est la stipulation pour autrui, résulte une obligation de ne pas faire à la charge du gratifié ; le donateur pourra en demander l'exécution. Dès que le tiers bénéficiaire de la stipulation pour autrui aura accepté l'offre qu'elle contient à son adresse, ce tiers aura lui aussi une créance contre le gratifié qui sera à son égard tenu de la même obligation de ne pas faire. Entre le gratifié et le tiers, sera intervenue en effet une nouvelle convention, constituée par la pollicitation du gratifié à l'égard du tiers, qu'implique la promesse faite au donateur et de l'acceptation émanant postérieurement du tiers.

Si la défense d'aliéner est écrite au profit d'un tiers dans un testament, elle constitue au profit de ce tiers le legs, d'une créance contre le gratifié. Par son acceptation, le tiers deviendra, en vertu de ce legs, le créancier de l'obligation de ne pas faire que le testateur a voulu mettre a la charge du gratifié.

Nous arrivons donc à ce résultat que l'obligation de ne pas faire contenue dans la défense d'aliéner naîtra toujours au profit du donateur ou du tiers dont cette défense doit protéger les intérêts.

En sera-t-il de même quand elle aura été stipulée au profit du donataire? Dans ce cas, comme dans celui d'une stipulation au profit d'un tiers, on peut admettre que le

donateur acquiert le droit d'exiger du gratifié le respect de l'obligation de ne pas faire ; bien que stipulée au profit du gratifié, elle résulte d'une convention valable et le donateur devient créancier. Mais il est évident que la défense d'aliéner ne peut jamais faire naître aucun droit au profit du gratifié. Il est impossible qu'il soit, en vertu du même contrat et relativement au même objet, créancier et débiteur. Au profit du gratifié lui-même, la défense d'aliéner sera toujours sans effets.

## Section II. — *Effet purement personnel de la défense d'aliéner*

Quel sera l'effet de la défense d'aliéner ainsi comprise? Elle fera simplement naître une obligation de ne pas faire et cette obligation, au cas où elle ne serait pas respectée par le gratifié, au cas ou celui-ci aliénerait, lui ferait encourir, sauf les cas ou la défense peut accidentellement donner naissance à des actions spéciales, une peine de dommages-intérêts.

C'est la règle absolue posée par l'article 1142 du Code civil : « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur. » L'obligation de ne pas faire qui consiste dans la promesse de s'abstenir d'un acte juridique ne comporte pas d'autre sanction en droit commun.

Cependant, un auteur (1) prétend qu'en cas de violation de l'obligation de ne pas faire un acte juridique, le Code civil (art. 1143) permet aux tribunaux d'annuler, même

(1) Saignat *De la clause portant défense d'aliéner*, thèse pour le doctorat, Bordeaux 1896, p. 128,

à l'égard et au préjudice des tiers, l'acte juridique accompli en violation de l'obligation.

Grâce à cette application inattendue de l'article 1143, M. Saignat attribue à la défense d'aliéner génératrice d'obligation, les mêmes effets que, comme nous, il reconnait ne pouvoir obtenir par la clause d'inaliénabilité. La jurisprudence dit-il, accorde aux intéressés une action en nullité des aliénations consenties par le gratifié en violation de la défense d'aliéner reconnue valable. Cette action en nullité ne peut être justifiée ni par l'existence dans le patrimoine du disposant d'un droit réel retenu par lui, ni par une mise de la chose hors du commerce: mais elle peut naître valablement d'une obligation de ne pas faire.

L'article 1143, continue-t-il, dispose : « néanmoins le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement soit détruit ; et il peut se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur, sans préjudice des dommages et intérêts, s'il y a lieu. »

Cet article, dit notre auteur, est certainement écrit pour permettre au créancier d'obtenir la destruction des constructions ou ouvrages matériels édifiés par le débiteur en violation de son obligation. Mais cet article n'est pas limitatif ; il peut aussi s'appliquer au cas où, en contravention à l'obligation de ne pas faire, le débiteur a fait non plus un acte matériel, mais un acte juridique, une aliénation ou une constitution de droit réel, par exemple. La justice « détruirait » cet acte juridique, comme elle ordonne la destruction du mur que le débiteur s'est engagé à ne pas construire. L'article mentionnerait uniquement les ouvrages matériels parce qu'il statuerait seulement en vue de l'hypothèse la plus fréquente; mais il n'exclue pas la nôtre. Objecte-t-on que la « destruction » par justice cause un

préjudice au tiers ; M. Saignat répond en disant que la destruction d'un ouvrage matériel peut aussi causer préjudice aux tiers ; mais il en donne un exemple singulièrement inexact: la destruction d'un mur mitoyen que le débiteur a construit malgré sa promesse de ne pas bâtir et que M. Saignat croit pouvoir être détruit par ordre de justice.

Tout ce raisonnement s'appuie sur des principes antijuridiques. Il ne s'agit pas de savoir si l'article 1143 du Code civil ne vise que les destructions matérielles. S'il était possible de « détruire » un acte juridique sans excéder les effets d'une action purement personnelle, sans porter atteinte à un autre patrimoine que celui du débiteur, peut être pourrait-on le faire détruire par arrêt de justice, en exécution d'une obligation de ne pas faire que l'auteur de cet acte juridique aurait violé. Mais une aliénation ne peut pas être détruite, être anéantie, sous le prétexte que l'aliénateur a violé une promesse, une obligation dont il était tenu. En vertu d'une obligation, le créancier ne peut atteindre que le patrimoine de son débiteur, il n'a aucun droit de suite sur le patrimoine des autres personnes. « Les conventions, dit l'article 1165 du Code civil, n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point aux tiers... »

Quant à l'exemple, cité par M. Seignat pour démontrer qu'un bien appartenant à un tiers peut être atteint par l'exécution en nature d'une obligation de ne pas faire, il est faux en lui-même : si un voisin qui a promis de ne pas bâtir a construit un mur mitoyen avec un tiers, dès lors que ce tiers a acquis la mitoyenneté, le créancier de l'obligation de ne pas bâtir ne pourra plus faire détruire ce mur; ce serait violer l'article 1165.

L'auteur s'est donc absolument mépris sur la portée de l'article 1143, quand il a cru que, grâce à cet article, il pour-

rait justifier l'action en nullité accordée par la jurisprudence contre les tiers acquéreurs. En réalité, la défense d'aliéner génératrice d'obligation ne peut fonder par elle-même aucune action contre les tiers.

### Section III. — *Quelles actions peuvent sanctionner l'obligation de ne pas aliéner ?*

Nous avons vu que, malgré les affirmations de M. Saignat, il est impossible d'admettre, par une extension de l'article 1143, que les tribunaux, sur l'exercice de cette action personnelle, prononcent l'annulation des aliénations consenties en violation de l'obligation de ne pas faire.

Est-ce à dire qu'en cas d'inexécution de la part du débiteur, l'obligation de ne pas aliéner se résoudra toujours uniquement en dommages-intérêts, suivant la sanction prévue par l'article 1142 du Code civil?

Est-ce à dire que jamais ne pourra naître, au profit du créancier, une action qui lui permette d'atteindre l'objet aliéné entre les mains des tiers ? Les principes généraux l'autorisent parfois à atteindre ce résultat par l'exercice de l'action en résolution pour inexécution des charges.

Mais cette action, dont l'effet sera d'anéantir la propriété des tiers acquéreurs par voie de conséquence, en faisant prononcer la révocation de la disposition dans laquelle était contenue la défense d'aliéner, ne pourra être exercée que par le disposant ou ses représentants. Elle n'appartiendra pas aux tiers qui ont été les bénéficiaires de la stipulation pour autrui, mais qui, n'ayant rien aliéné au profit du gratifié, ne peuvent demander la révocation de la donation ou du legs. Elle n'appartiendra pas au gratifié, qui ne peut se

demander compte à lui-même de l'inexécution des charges par lui acceptées.

Le tiers bénéficiaire de la clause ne pourra exercer une action réelle que s'il a été appelé conditionnellement à bénéficier de la libéralité à la place du gratifié, au cas où celui-ci violerait la défense d'aliéner.

Quant au gratifié au profit duquel la défense a été écrite, il ne peut jamais obtenir l'annulation des aliénations qu'il a consenties.

Celui au profit duquel la défense d'aliéner a été stipulée ne peut-il, quand la défense a été violée et le bien aliéné, poursuivre ce bien entre les mains de l'acquéreur et le faire rentrer dans le patrimoine du vendeur, en exerçant contre le tiers acquéreur l'action de l'article 1167 du Code civil, l'action paulienne ?

L'action paulienne ne pourrait être exercée que dans les conditions prévues par la théorie traditionnelle. En supposant qu'elle pût être appliquée à notre hypothèse, il faudrait en outre que le propriétaire tenu de ne pas aliéner se fut rendu insolvable par son aliénation et que le tiers acquéreur fut ou bien un acquéreur à titre gratuit, ou bien le complice de la fraude. Il ne serait donc pas possible de trouver dans cette action paulienne l'action ordinaire en nullité que la jurisprudence croit devoir toujours reconnaître aux intéressés. Elle ne pourrait naître que dans des circonstances relativement exceptionnelles.

D'autre part, l'action paulienne ne saurait appartenir qu'à deux calégories de bénéficiaires : le donateur ou le tiers. Elle ne pourrait légitimer l'action en nullité accordée par la jurisprudence au gratifié lui-même. Elle ne peut pas plus naître en la personne de ce dernier que l'action personnelle elle-même, qui sanctionne l'obligation de ne pas faire. Il est en effet impossible de concevoir l'obligation naissant

au profit du gratifié qui serait en même temps débiteur. Or, c'est l'exécution de cette obligation que devrait sanctionner l'action paulienne : cela est impossible.

Mais, restreinte dans son exercice à la double hypothèse dans laquelle naît l'obligation de ne pas faire, aux cas où la défense d'aliéner est écrite dans l'intérêt du donateur ou dans l'intérêt d'un tiers, l'action paulienne est-elle recevable ? C'est ce qu'il nous faut maintenant rechercher.

Supposons d'abord les conditions ordinaires réunies : chez le tiers, la complicité de la fraude ou une acquisition à titre gratuit — et ce point ne présente aucune difficulté ; — chez l'aliénateur qui a violé l'obligation de ne pas faire dont il était tenu, il faut, disons-nous, l'insolvabilité créée ou accrue par l'acte même d'aliénation attaqué.

Pour l'exigence de cette dernière condition, un doute parait s'élever. On pourrait être tenté de dire : il n'est pas nécessaire qu'en aliénant le bien qu'il a promis de ne pas aliéner, le propriétaire se soit rendu insolvable : en aliénant ce bien, il s'est rendu impossible l'exécution de son obligation de ne pas faire, qui consistait précisément dans celle de ne pas aliéner. Peu importe qu'il ait conservé d'autres biens dans son patrimoine ; par cette aliénation frauduleuse, il a violé son obligation d'une manière irrémédiable et le tiers qui a acquis à titre gratuit ou qui, acquérant à titre onéreux, a eu connaissance de la prohibition, a acquis en fraude des droits du créancier de l'obligation de ne pas faire ; il doit voir révoquer son acquisition par application de l'article 1167 du Code civil.

Ce raisonnement est critiquable à plusieurs points de vue : outre que l'action paulienne n'est accordée que contre les acquéreurs d'un débiteur insolvable, et que cette condition est essentielle à son existence, il faut bien se rendre compte de ce fait, que, par l'aliénation du bien qu'il est tenu de ne

pas aliéner, le propriétaire de ce bien ne se rend pas incapable d'exécuter l'obligation dont il a la charge. Une obligation de ne pas faire, en effet, se résout en dommages-intérêts aux termes de l'article 1142 du Code civil. S'il ne peut plus fournir l'abstention promise, le débiteur en fournira l'équivalent en argent ; et cette dernière prestation, il pourra l'accomplir, pourvu que l'aliénation ne l'ait pas rendu insolvable.

L'action paulienne présente cet inconvénient qui la distingue profondément de l'action en nullité, telle que la comprend la jurisprudence, qu'elle ne naît pas parce que l'aliénation a été la violation d'un engagement, mais parce que cette aliénation a été la cause de l'insolvabilité de l'aliénateur.

De là, découlent des conséquences qui distinguent profondément les effets des deux actions. L'action en nullité de la jurisprudence résout la propriété du tiers acquéreur, fait rentrer le bien dans le patrimoine du gratifié qui avait eu le tort d'aliéner. A la suite de cette restitution, le bénéficiaire de la défense d'aliéner est pleinement satisfait ; il n'a plus à exercer aucun autre droit, à moins qu'il ne demande la révocation de sa libéralité elle-même, et qu'il ne reprenne le bien. Mais il n'aura jamais à se préoccuper d'un concours quelconque de créanciers sur le bien que le gratifié n'aurait pas dû aliéner. L'inaliénabilité entraine, en effet, l'insaisissabilité d'après la jurisprudence : le gratifié qui n'a pu aliéner le bien n'a pu le soumettre au droit de gage général de ses créanciers.

L'action paulienne n'ayant d'autre fonction que de garantir un créancier contre les conséquences de l'insolvabilité de son débiteur peut ne pas procurer les résultats que les parties désireraient obtenir. Elle ne naîtra que s'il y a insolvabilité de celui qui a aliéné indûment. Il sera rare

que l'insolvabilité n'implique pas l'existence d'autres créances que celles de l'obligation de ne pas faire, résultant de la défense d'aliéner. Le créancier de cette obligation de ne pas faire, s'il réussit à obtenir la révocation de l'aliénation, devra, sur le prix du bien recouvré par son débiteur, subir le concours des autres créanciers ; il ne pourra donc maintenir ce bien dans le patrimoine de son débiteur, ce qui serait l'exécution en nature de l'obligation de ne pas faire.

D'autre part, si l'on peut imaginer l'hypothèse dans laquelle le gratifié qui a aliéné ne possédant pas d'autres biens que celui que grèverait la défense, s'est rendu insolvable, sans avoir d'autre créancier que le bénéficiaire de cette défense, celui ci n'aura pas plus d'espoir de faire rendre le bien par le tiers acquéreur et de le faire rentrer en nature dans le patrimoine d'où il n'eut pas dû sortir. En effet, le tiers acquéreur pourra toujours dans ce cas écarter l'action paulienne, en offrant de payer les dommages-intérêts qui peuvent être dûs en réparation de la violation de l'obligation de ne pas faire.

C'est que, nous l'avons vu plus haut, lorsque l'exécution en nature de l'obligation de ne pas faire, atteint le patrimoine d'un tiers, cette exécution ne peut plus être demandée et la créance se résout, nécessairement, en dommages intérêts, par application de l'article 1142. Le tiers acquéreur n'aura donc jamais à offrir l'exécution en nature de l'obligation de ne pas faire, c'est-à-dire la renonciation à son acquisition, mais seulement la somme d'argent représentant les dommages-intérêts,

Il l'offrira d'autant plus volontiers que souvent l'intérêt du bénéficiaire à l'exécution de l'obligation de ne pas faire sera loin d'atteindre la valeur de l'objet aliéné.

En résumé, l'action paulienne sera en notre matière, d'une application rare et d'une efficacité réelle bien restreinte.

## Section IV. — *La Défense d'aliéner dans les contrats à titre onéreux*

La jurisprudence admet la validité à l'égard des tiers de la clause d'inaliénabilité contenue dans les actes à titre gratuit ; elle prononce, sauf quelques rares exceptions, la nullité de la même clause, quand elle est insérée dans les actes à titre onéreux. Dans ce dernier cas seulement, elle reconnaît une portée impérative et absolue aux textes écrits pour assurer la libre circulation des biens. Cette distinction avons-nous déclaré,, nous paraît injustifiée. Dans les deux cas, la volonté de l'homme est impuissante à paralyser le droit de disposer que la loi reconnaît chez quiconque a un bien dans son patrimoine. Que l'acte soit à titre gratuit ou à titre onéreux, la clause d'inaliénabilité qu'on y insérera sera de nul effet à l'égard des tiers.

Mais que faudra-t-il décider en ce qui concerne la défense génératrice d'une obligation de ne pas faire ? Devra-t-on maintenir pour elle la distinction faite par la jurisprudence pour la clause d'inaliénabilité ? Il ne nous semble pas qu'il soit possible de distinguer.

Souscrire à l'obligation de ne pas aliéner, sous peine de dommages-intérêts ne nous paraît pas un engagement illicite, et, si cet engagement est pris accessoirement au contrat principal par un acquéreur à titre onéreux, nous ne voyons pas pourquoi il ne serait pas pleinement valable, à l'égal de l'engagement identique pris par un donataire envers le donateur. Comme en cas de donation, la défense d'aliéner pourrait faire naître une obligation de ne pas faire au profit d'un tiers, si elle intervenait dans le contrat à titre onéreux sous forme de stipulation pour autrui et si elle était l'objet d'une acceptation de la part du tiers.

# CONCLUSION

Nous avons été obligés de reconnaître, au cours de notre examen critique de la jurisprudence que, contrairement à la doctrine consacrée par ses arrêts, notre droit actuel ne permet pas, dans la plupart des cas, d'attacher une sanction efficace à l'égard des tiers acquéreurs, à la défense d'aliéner. Tout au moins, dans aucun cas, nous n'avons pu admettre l'existence de cette action en nullité des aliénations, fondée uniquement sur la volonté des parties, et qui sert aux tribunaux à sanctionner les clauses d'inaliénabilité réelle, partout où ils les estiment licites et efficaces. Nous ne pouvons admettre en principe que la défense d'aliéner génératrice de l'obligation de ne pas faire, sanctionnée par une action purement personnelle sans recours contre les tiers, sauf dans l'hypothèse compliquée et très rarement réalisable où l'on peut déclarer recevable l'action paulienne. Exceptionnellement et au seul cas où la défense d'aliéner a été stipulée au profit du donateur ou d'un tiers, l'action en révocation pour inexécution des charges ou la résolution rétroactive de la disposition par l'effet de la condition permet d'atteindre les droits concédés abusivement à des tiers. Ces recours exceptionnels contre la violation de la défense d'aliéner ne servent jamais à protéger les intérêts du gratifié, lorsque c'est à son profit, exclusif que la défense d'aliéner a été écrite.

Il est désirable que notre législation soit complétée et qu'elle vise la défense d'aliéner et la clause d'inaliénabilité

pour en consacrer la validité ou la nullité, et pour en déterminer les effets.

Nous avons vu que les Codes récents s'expliqnent à ce sujet et notamment les Codes canadien, russe et allemand. Le nouveau projet de Code civil suisse lui restitue également son importance. Mais il nous semble que la loi française pourrait adopter une solution plus favorable à la clause d'inaliénabilité que celle qu'édicte le Code allemand. Elle pourrait, au moins pour certains cas à déterminer avec précision, admettre l'efficacité de cette clause à l'égard des tiers eux-mêmes, à condition toutefois d'organiser une publicité destinée à les mettre à l'abri de toute surprise.

Une pareille décision, si elle était clairement et sévèrement circonscrite dans son étendue, pourrait être, semble-t-il, accueillie chez nous avec facilité. Nos législateurs ne sont plus, comme à l'époque de la rédaction du Code civil, absorbés par la préoccupation d'assurer la circulation rapide des biens. Cette pensée unique les guidait, il y a cent ans, parce que c'était au lendemain du jour où l'on avait supprimé le patrimoine considérable de la mainmorte ecclésiastique et corporative et que la seule école économique alors connue réclamait en toute matière la liberté la plus absolue des transactions.

Il faut reconnaître que les circonstances sont bien différentes de nos jours. Les dangers de la mainmorte effraient moins par l'immobilisation des biens que la mainmorte entraîne que par les idées dont on l'accuse de soutenir la propagande, et, à côté de ceux qui s'attardent encore à réclamer la circulation ininterrompue des biens, se sont formées les écoles de ceux qui redoutent une trop grande mobilité de la propriété, contraire à la stabilité des familles de la classe rurale et de ceux aussi que n'effraie pas la pro-

priété collective des coopératives de production, des communes elles mêmes et parfois de l'Etat.

L'avènement de ces théories diverses et contradictoires a beaucoup diminué le respect qu'imposait à nos ancêtres le principe universel et absolu de la libre disposition des biens.

Dans un ouvrage couronné en 1901 par l'Académie des Sciences morales et politiques (1), M. Flour de Saint-Genis vient de se faire en ces termes l'écho de ceux, de plus en plus nombreux, qui craignent la trop rapide circulation des biens : « Les petites ventes rurales sont donc très nombreuses, dit-il, et leur masse compacte ne fait que s'accroître. Est-ce à dire que ce déplacement incessant de propriétaires sur des exploitations où la continuité des méthodes et la persévérance du labeur sont une condition du succès soit une preuve absolue de prospérité ? Il serait bien aventuré de le prétendre... Je crois pouvoir affirmer, sauf la preuve contraire que j'ai vainement cherchée, que la majorité de ces vendeurs sont de petits propriétaires désormais dépossédés, réduits à devenir ou à redevenir fermiers ou simples salariés ou à émigrer dans les villes... Le rêve serait, tout en s'applaudissant de la marée montante des très petites propriétés, de les fixer toutes, de maintenir le plus possible la permanence de l'héritage, de mettre un frein à cette extrême mobilité, de telle sorte que les acquisitions nouvelles ne se fassent pas au détriment des propriétés minuscules, mais par le morcellement des grandes plutôt que des moyennes ». Dans ces quelques lignes de cet ouvrage, on trouve très nettement indiquées les tendances qui se généralisent chez nous. On croit moins à la vertu bienfaisante du principe de la circulation absolument libre des

(1) *La propriété rurale en France,* précédé d'un rapport de M. de Foville servant d'introduction. Colin, 1902, p. 274.

biens et, en second lieu, on admet tous les jours davantage l'utilité, sinon la nécessité d'une législation différente pour les fortunes considérables et pour les petits patrimoines: on demande à la loi des mesures de protection en faveur du minimum de fortune indispensable à la vie. La divulgation de telles doctrines ne peut que favoriser les réformes bien modestes que l'étude de la jurisprudence nous amène à demander dans le domaine spécial où nous avons restreint notre étude. Certainement, l'esprit public a bien changé, et quelques réformes législatives de détail ne se heurteraient plus à des préjugés unanimes.

Bien plus, la législation elle-même et les pouvoirs publics ont eu l'occasion, en maintes circonstances, de proposer ou d'imposer à des personnes qui contractaient avec l'Etat l'inaliénabilité que nous demanderons à la loi de valider, quand elle est promise dans les contrats entre particuliers. Dans l'intérêt de cette stabilité de la propriété foncière que nous venons d'entendre réclamer par M. Flour de Saint-Genis pour les paysans de la métropole, l'Etat a pris l'habitude d'imposer une inaliénabilité temporaire aux concessionnaires de terres dans les colonies (1).

(1) Voir des exemples très fréquents de ces concessions dans le *Journal officiel*, par exemple nos des 27 avril et 24 mai 1900.

Alors même que le délai d'inaliénabilité absolue est expiré, le concessionnaire ne peut vendre ou affermer ses terres qu'à des personnes agréées par le gouverneur. C'est une défense d'aliéner relative et perpétuelle, mais basée en ce cas sur des considérations de défense nationale.

Ce sont ces mêmes considérations qui, en présence d'un acquéreur étranger, ont fait, ces dernières années, retirer de la vente qu'allait accomplir l'Etat certains ilôts de la Manche. Cette circonstance a donné lieu à une proposition de loi de M. Cabart-Danneville, adoptée par le Sénat le 26 mars 1901. Aux termes de l'article 2 de cette proposition de loi, l'Etat procéderait à nouveau à l'aliénation du droit réel qui aurait été consenti à un étranger sur ces immeubles.

Cette inaliénabilité temporaire de terres concédées par l'Etat ne peut-elle être considérée comme l'une des causes du développemeet du homestead aux Etats-Unis (1).

Ce ne serait pas la première fois qu'une institution réputée primitivement inacceptable dans la mère patrie finirait par s'y introduire, sous l'influence des règles admises par la législation coloniale. Le régime des fonds italiques du droit romain ancien n'a-t-il rien emprunté à la législation plus récente et plus large improvisée au jour le jour pour les fonds provinciaux ?

Que le législateur français soit disposé à admettre des mesures de protection pour les petits domaines ou pour les petits revenus, toute une législation en voie de formation semble l'indiquer. Les dérogations apportées aux règles du partage en faveur des habitations à bon marché, l'extension probable de cette loi au petit domaine rural, la loi fiscale relative aux frais des petites ventes sur expropriation, les nombreuses propositions de lois relatives au homestead, voilà autant d'indices qui montrent la formation insensible d'un droit spécial à la petite propriété, dont le but, sinon le résultat serait de garantir le petit propriétaire ou sa famille des effets jugés désastreux de la trop rapide circulation des biens.

En ce qui concerne les biens mobiliers, la tendance s'accuse encore plus irrésistible. On ne compte plus les lois

(1) Vacher, *Le homestead aux Etats-Unis*. On y voit p. 243, qu'au Canada également toute vente ou transfert d'une concession de terres publiques avant le délai de trois années est nulle et non avenue.

Voir. dans la *Revue algérienne, tunisienne et coloniale*, année 1895, p. 29, 1, un article de M. Paul Samien, pour demander l'établissement du *homestead* en Algérie et dans la *Revue coloniale* de juillet 1900 un article de M. Duponchel, relatif à la colonisation du Soudan algérien par de petites exploitations indivisibles et inaliénables confiées à des familles indigènes.

qui rendent incessibles et insaisissables, au moins en grande partie, les salaires, les appointements et ce qui les représente ou les remplace en cas d'incapacité de travail, les retraites, les pensions viagères dûes pour accidents du travail, les pensions fournies par les sociétés de secours mutuels ou par les sociétés analogues a distributions périodiques de bénéfices.

Le Parlement ne répugne donc pas à accepter, à imposer même l'inaliénabilité, dès qu'il y voit un intérêt général ou qu'il estime cette protection utile pour la conservation des petits patrimoines. Il est donc légitime de conclure que s'il avait l'occasion, ce qui ne paraît guère de longtemps probable, de légiférer sur notre matière spéciale, il ne repousserait pas par des raisons *a priori* la proposition de sanctionner par une loi les solutions qu'a déjà adoptées la jurisprudence.

C'est en effet à cette conclusion que nous paraît aboutir notre étude : nous avons apprécié, dans leur ensemble, les décisions que la Cour de Cassation et les Cours d'appel ont consacrées, après une longue évolution. Mais nous avons dû, à notre regret, renoncer à trouver dans les principes généraux de notre droit la justification des arrêts dont les conséquences pratiques nous paraissaient équitables et sans danger pour l'ordre public. La loi seule, disions-nous, par une disposition positive, peut habiliter la volonté des parties et donner à cette volonté la force nécessaire pour placer temporairement un bien hors du commerce. Logiquement, à la fin de notre étude, nous sommes conduits à réclamer cette intervention de la loi qui nous a paru indispensable. Les sages limitations apportées par la jurisprudence à l'arbitraire des conventions privées rendraient son système presque en tous points facile à sanctionner par une loi. Là où il pourrait paraître dangereux ou insuffisant, les analogies que nous

avons déjà signalées, en matière de publicité dans certaines lois étrangères, en matière d'inaliénabilité des revenus mobiliers à caractère alimentaire dans nos lois récentes, guideraient à peu près sûrement pour le compléter ou le corriger.

Une loi bien faite sur notre matière, devrait indiquer avec soin la différence que nous avons relevée après M. Bartin, entre l'inaliénabilité opposable à tous et la défense d'aliéner génératrice d'une simple obligation personnelle et relative de ne pas faire. Commme le nouveau Code allemand, la loi française devrait consacrer dans une courte disposition la validité de la défense d'aliéner ainsi comprise et la distinguer de la clause d'inaliénabilité proprement dite. Enoncer le principe, suffirait; pour l'application, on s'en référerait aux articles consacrés aux effets généraux de l'obligation de ne pas faire.

La clause d'inaliénabilité devrait être règlementée en plusieurs articles, car, si sa validité était admise, elle ne saurait l'être sans distinctions, et on ne pourrait se contenter du principe général et unique qui a suffi au Code allemand qui l'a repoussée en bloc et pour tous les cas.

La première question qui s'imposerait, après la définition de la clause et l'indication qu'elle ne peut produire qu'une indisponibilité temporaire, serait de savoir s'il ne faut la valider que dans les actes à titre gratuit comme le fait la jurisprudence ou s'il serait bon de la reconnaître efficace même lorsqu'elle est insérée dans un acte à titre onéreux. Nous avons vu que la jurisprudence n'a guère consacré la validité de notre clause dans les actes à titre onéreux. Cela tient peut être un peu à la rareté des espèces de ce genre et aussi à l'existence dans notre Code d'articles qui semblent en notre matière bien distinguer entre les actes gratuits et les actes à titre onéreux. Le contrat de travail est bien

un contrat à titre onéreux et loi a fini par déclarer le salaire incessible dans une certaine mesure à cause de son caractère alimentaire. Ne pourrait-on pas rapprocher de cette incessibilité du salaire l'incessibilité stipulée dans les deux hypothèses rapportées plus haut et à l'occasion desquelles la jurisprudence a refusé de sanctionner la clause insérée dans un acte à titre onéreux ?

Nous ne voyons pas de motif bien sérieux de repousser l'inaliénabilité au cas où elle est stipulée dans un acte de cette nature, si on l'admet dès qu'elle résulte d'un acte à titre gratuit. Dans les deux cas, elle ne pourrait cependant être établie que si elle était justifiée par l'intérêt matériel de l'aliénateur, d'un tiers ou de l'acquéreur. Dans les deux cas, l'inaliénabilité serait strictement limitée par la durée de la vie de l'aliénateur ou du tiers ; elle serait nécessairement plus courte que la vie du gratifié ou de l'acquéreur, si elle était établie au profit de ce dernier sur n'importe quel bien ; elle serait comme nous le proposons plus loin, limitée à la durée même de sa vie, si elle ne devait atteindre que des revenus présentant le caractère alimentaire. La clause d'inaliénabilité ne serait pas plus gênante pour la circulation des biens dans les actes à titre onéreux que dans les actes à titre gratuit. Elle serait, en outre, bien plus rare, ce qui la rendrait encore moins dangereuse.

Cependant, nous sommes persuadés que le législateur n'accueillerait que difficilement une pareille extension de la jurisprudence. Il est probable que si une réforme générale s'accomplissait en notre matière, elle serait restreinte aux actes à titre gratuit.

Néanmoins, en détail, le principe de la distinction entre les deux catégories d'actes est bien battu en brèche. Pour s'en convaincre, il suffit de rapprocher toutes les lois déclarant incessibles et insaisissables les pensions viagères

acquises à titre onéreux du texte général de l'article 1981 du Code civil d'après lequel la rente viagère ne peut être stipulée insaisissable que lorsqu'elle a été constituée à titre gratuit. Ce mouvement commencé par des lois d'exception comme il arrive d'ordinaire, fera peut-être disparaître le principe inséré au Code. Alors, mais alors seulement, il y aura lieu de demander la validité de la clause d'inaliénabilité dans les actes à titre onéreux.

Réduite aux actes à titre gratuit, la clause d'inaliénabilité serait facilement validée pour le cas où elle est stipulée pour garantir un intérêt évaluable en argent du donateur ou d'un tiers. Dans ces deux cas, la limitation de la durée n'a soulevé aucune difficulté en jurisprudence. Elle n'en soulèverait probablement aucune en législation.

Plus délicate, serait la question de l'inaliénabilité au profit du gratifié lui-même. A ce sujet, la jurisprudence a été bien hésitante. Après avoir repoussé pendant longtemps cette clause dans tous les cas, elle n'a fini par l'admettre qu'en imposant une limitation exceptionnelle dans la durée. Elle ne l'a jamais admise pour la vie entière du gratifié, sans vouloir faire une distinction quelconque, même au profit des dispositions à titre alimentaire. Nous avons vu comment la Cour de Cassation avait réussi sur ce point à vaincre la jurisprudence de certaines Cours d'appel qui validaient la clause d'inaliénabilité stipulée en faveur du gratifié pour la durée de sa vie entière.

Si la loi voulait limiter à une durée plus courte que la vie du gratifié l'effet de la clause écrite à son profit, elle devrait fixer une limite exacte à cette durée. Une loi, en effet, doit édicter des règles précises et, quand il s'agit d'un délai, elle doit indiquer un nombre déterminé d'années ; elle ne peut se contenter d'une limitation flottante, comme peut se permettre de le faire une jurisprudence. Si cette

limitation était admise par la loi, elle nous paraîtrait, à vouloir suivre les indications de la jurisprudence, devoir être fixée à dix ans après la majorité du gratifié.

Mais une pareille limitation, outre qu'elle pourrait être contestée en son principe même, ne nous paraît pas admissible dans tous les cas et sans exception.

Tout d'abord, pourquoi limiter l'inaliénabilité à une durée inférieure à celle de la vie du gratifié. ? La circulation des biens serait-elle vraiment plus entravée par cette dernière application de la clause que par les deux premières ? Est-il bien vrai que les biens seront plus longtemps indisponibles, s'ils doivent être affectés de ce caractère pendant la vie du gratifié, que s'ils sont mis hors du commerce au profit d'un tiers ou du donateur? Le gratifié peut avoir longtemps à vivre sans doute, après avoir recueilli le bénéfice de la disposition. Mais le donateur peut survivre longtemps à sa disposition et surtout le tiers, au profit duquel la défense d'aliéner est écrite, peut être fort jeune au moment où il est bénéficiaire de cette stipulation et il peut avoir à vivre plus longtemps que le gratifié. Ce n'est donc pas à cause de l'intérêt de la société à la libre disposition des biens que l'on peut si nettement distinguer ce troisième cas des deux précédents et lui refuser la durée normale de la vie même du gratifié. Aussi bien quand les arrêts que nous avons analysés dans la seconde partie de notre étude déclarent stipulée pour un temps trop long la clause d'inaliénabilité qui doit produire ses effets jusqu'à la mort du gratifié, ces arrêts ne déclarent pas le temps trop long eu égard aux intérêts de la société, mais pour ce qui concerne le gratifié lui-même. Pour le gratifié, dit l'un de ces arrêts, l'inaliénabilité pour toute la durée de sa vie, c'est la suppression absolue de la faculté d'aliéner; à son égard, il ne peut pas y avoir de prohibition plus longue.

Ce n'est donc pas précisément parce qu'elle menace de maintenir plus longtemps le bien hors du commerce, mais parce que, dès le début, elle supprime tout espoir pour le nouveau propriétaire de pouvoir, un jour, exercer le droit de disposition que la clause parait stipulée pour un temps trop long. Ce n'est pas l'indisponibilité du bien, c'est la suppression de la liberté d'aliénation de son propriétaire qui est en jeu. Il ne s'agit pas, à proprement parler, de la circulation des biens, mais de la liberté de transformer sa fortune et de la consommer au besoin pour son entretien, c'est-à-dire, au premier cas, de la liberté du travail, au second, de la faculté de s'assurer des aliments. On pourrait comparer cette double préoccupation de la jurisprudence à celle qui a amené le législateur du Code civil à permettre, dans certaines hypothéses à vérifier par la justice, l'aliénation du fonds dotal. Dans un cas comme dans l'autre, il ne s'agit pas de remettre le bien dans le commerce dans l'intérêt général, mais de rendre au propriétaire la faculté de disposer dans la mesure de son intérêt particulier.

En se plaçant à ce véritable point de vue, il peut paraître juste de restreindre à dix ans après la majorité du gratifié cette indisponibilité du bien que ne peut venir tempérer l'intervention de la justice prévue pour le régime dotal.

Mais l'on ne saurait admettre cette limitation à dix ans, sans proposer une importante exception. Nous demanderions au législateur d'abandonner le système rigoureux de la Cour de Cassation qui repousse l'inaliénabilité pendant la vie du gratifié, même en ce qui concerne les libéralités affectant un caractère alimentaire ; il vaudrait mieux consacrer sur ce point la jurisprudence qu'avaient tenté d'établir certaines Cours d'appel.

La règle à formuler dans la loi serait donc, à notre avis, la validité de la clause d'inaliénabilité au profit du gratifié

pendant dix ans seulement et exceptionnellement pour la vie entière du gratifié, en ce qui concerne les libéralités présentant le caractère alimentaire.

Les tribunaux auraient à déterminer les cas dans lesquels ce caractère autoriserait à reconnaître la validité de la clause pour un temps trop long. Cette appréciation abandonnée au juge ne serait pas chose nouvelle : elle leur est confiée au sujet des sommes et pensions pour aliments dont l'art. 581 du Code de procédure civile proclame l'insaisissabilité.

Mais ici, dans notre matière comme dans celle de l'insaisissabilité, sous l'art. 581, il y aurait lieu de se demander s'il ne faudrait pas faire une distinction entre les biens immeubles et les autres biens et s'il ne serait pas bon, dans tous les cas, de restreindre à dix ans l'inaliénabilité stipulée au profit du gratifié, en tant qu'elle porte sur des immeubles, quoique les revenus de ces immeubles puissent présenter le caractère alimentaire.

Bien que nous nous soyons efforcés d'écarter de ce débat toute préoccupation relative à l'intérêt social de la circulation des biens, il faut s'attendre à ce que cette considération exerce, en ce qui concerne l'inaliénabilité portant sur des immeubles, son influence habituelle sur les esprits.

D'autre part, on peut soutenir avec quelque vraisemblance que la nécessité de réaliser un immeuble de peu d'importance donné ou légué à une personne pour qu'elle en retire des aliments peut se présenter plus facilement que pour une valeur mobilière quelconque. Pour retirer des aliments d'un immeuble, il faut l'exploiter et l'exploitation peut en devenir impossible, soit par l'effet de l'incapacité physique ou intellectuelle du gratifié, soit par suite de sa privation de toute avance de fonds pour la culture ou les réparations et transformations indispensables.

De sorte qu'en ce qui concerne l'inaliénabilité des immeubles stipulée pour la vie entière du gratifié, nous comprenons que les considérations d'intérêt général et les considérations d'intérêt particulier du nouveau propriétaire lui-même rendent son admission difficile, même lorsque la libéralité présente le caractère alimentaire.

Mais en ce qui concerne les valeurs mobilières, nous ne voyons aucun motif d'hésitation. Nous proposerions très fermement de les déclarer valablement frappées d'inaliénabilité ou profit du gratifié pour la durée de sa vie entière, tout au moins quand elles lui sont attribuées à titre alimentaire.

En effet, il est impossible de présenter aucun argument contraire tiré du principe de la libre circulation des biens. Ce principe n'est pas un dogme auquel il faut se soumettre sans motif sérieux et vraiment tout motif de le respecter disparaît, quand disparaît aussi l'intérêt social que ce principe a pour objet de sauvegarder.

Il est bon dans l'intérêt général que les biens puissent librement circuler de mains en mains, pour que les facultés productrices se développent le plus possible. Il ne faudrait pas immobiliser artificiellement dans le patrimoine de propriétaires incapables des biens auxquels ils ne sauraient rien faire produire, tandis que d'autres hommes doués d'intelligence, de volonté, pourvus de capitaux, chercheraient vainement la terre sur laquelle ils pourraient dépenser leur activité et leurs réserves pécuniaires. L'occupation du sol par les premiers et l'inaction forcée des seconds risqueraient d'entraîner pour la société entière une perte regrettable. Assurer une plus grande multiplication des produits, telle est la grande utilité de la propriété individuelle. Pour qu'elle conserve toute son efficacité, il faut que cette propriété individuelle puisse, par le libre

jeu des lois économiques, échapper à la mainmise des incapables pour tomber aux mains des meilleurs exploitants.

Que l'on conclue de là à la libre circulation des biens immobiliers, des meubles par nature utiles à la production, dans une certaine mesure même des capitaux mobiliers qui ne doivent pas être immobilisés là où ils n'aideraient pas suffisamment à la production, soit. Mais, lorsque nous nous reportons à la jurisprudence dont nous avons fait l'analyse, nous constatons que les décisions de justice ont refusé de sanctionner, comme contraires au principe de la circulation des biens, les clauses d'inaliénabilité qui portaient sur des créances, sur des rentes viagères, sur des titres de rentes sur l'Etat.

On peut regretter la multiplication de certains de ces titres de créance qui semblent avoir été créés trop souvent pour faciliter des consommations improductives. Mais quand ces créances existent, quel avantage peut-il y avoir pour la société à les voir plus ou moins facilement changer de titulaires? Le capital dont ces titres constatent l'aliénation peut avoir été bien ou mal employé, voilà ce qui a intéressé la production; mais après son emploi, qu'importent les cessions successives du titre qui le représente. En quoi, la production pourra-t-elle être accrue, parce que tel nouveau créancier touchera les intérêts ou les arrérages à la place du créancier primitif? L'intensité de la production à laquelle tous les hommes sont intéressés n'en sera nullement affectée et par suite, l'intérêt qui le fonde disparaissant, le principe de la libre circulation des biens n'a plus sa raison d'être.

Reste l'intérêt que peut avoir personnellement le titulaire d'une créance ou le bénéficiaire d'une rente à les réaliser à un moment donné afin d'utiliser le capital qu'elles représentent pour entreprendre une production nouvelle ou pour

se procurer des aliments. C'est, dans un cas, la liberté du travail qui est en jeu, dans l'autre, si l'on ose ainsi dire, c'est le droit de vivre.

Ce double intérêt mérite de retenir sérieusement l'attention, quand la valeur mobilière à aliéner est très considérable, quand ses revenus sont loin d'être en totalité indispensables pour l'entretien de son propriétaire et de sa famille. Mais quand, par hypothèse, la valeur mobilière dont il s'agit est tout entière nécessaire pour fournir des aliments à celui qui en a été gratifié, il peut y avoir plus de dangers que d'avantages pour lui et pour les siens à aliéner le titre pour se procurer l'usage du capital. La loi a été amenée souvent à comparer les inconvénients de l'incessibilité avec ceux du danger de ruine que la réalisation du capital entraîne avec elle. L'exemple le plus frappant est celui que fournit la loi sur les accidents du travail. Par combien de victimes d'accidents du travail n'entend-on pas regretter le régime aléatoire de l'article 1382 du Code civil qui ne promettait jamais d'une façon certaine une indemnité mais qui l'accordait, quand les conditions rigoureuses de son concours étaient remplies, sous la forme d'un capital qu'on pouvait utiliser pour entreprendre un petit commerce? Mais combien de fois aussi ce capital disparaissait-il pour ne laisser aucune ressource à l'invalide du travail? Le législateur de 1898 a comparé les avantages de l'une et de l'autre solution et, en définitive, il a restreint les cas où l'indemnité est fournie en capital pour proclamer en règle générale l'incessibilité de la rente viagère qui représente évidemment une véritable créance d'aliments.

Cette solution de la loi de 1898 nous paraît devoir être généralisée et devrait être admise, si on légiférait jamais sur notre clause, pour tous les cas où une valeur mobilière, productive d'intérêt ou d'arrérages présente au

profit du gratifié le caractère d'une libéralité alimentaire. Le disposant connaissait le gratifié et s'intéressait à lui ; il l'a jugé incapable de conserver le capital, s'il lui était permis de le réaliser. Cette précaution prise par le disposant nous indique quel est le véritable intérêt du gratifié. Aucun intérêt général n'exige que ce bien mobilier incorporel circule. Pourquoi n'admettrait-on pas exceptionnellement pour lui, si on ne veut l'admettre pour l'immeuble donné à titre alimentaire, qu'il pourra être valablement frappé d'inaliénabilité pendant la durée de la vie du gratifié.

Nous avons terminé l'examen de ce que devrait être, à notre sens, une loi française qui se proposerait de déterminer les cas dans lesquel il serait possible d'assurer l'inaliénabilité d'un bien, au moment où il fait l'objet d'une transmission volontaire et la durée pour laquelle une telle clause serait valable.

Il nous faut maintenant indiquer les précautions de publicité qui devraient être prises. Dans le système actuellement appliqué par la jurisprudence, les tiers acquéreurs, exposés à l'exercice de l'action en nullité qui est reconnue aux bénéficiaires de la clause, sont garantis en cas de donation par la transcription ; mais en cas de testament, aucune publicité ne les avertit de l'existence d'une clause frappant le bien d'inaliénabilité. Cette lacune devrait être comblée. Si, dans une législation refondue, une meilleure publicité générale des droits réels, plus complète que celle du Code et de la loi de 1855, n'était pas organisée, il serait nécessaire de prendre des mesures spéciales pour porter à la connaissance de tous l'existence d'une clause d'inaliénabilité contenue dans un testament. Elle pourrait être en effet ignorée même par un acquéreur diligent, par exemple au cas où achetant le bien à un parent au degré successible du disposant primitif, le tiers acquéreur a cru que ce successible en

avait hérité ab intestat. Dans cette hypothèse, l'acquéreur n'a pas commis la moindre faute, en ne demandant pas communication du testamment, dont rien ne lui révélait l'existence.

L'article 1069 du Code civil a déjà organisé une publicité de ce genre qu'il applique exceptionnellement aux dispositions testamentaires contenant une substitution permise. Le danger pour les tiers est à peu près le même en matière d'inaliénabilité résultant d'un testament qu'en matière de substitutions : la même publicité pourrait servir utilement dans les deux cas à avertir les tiers et à sauvegarder leurs droits.

Notre étude a été consacrée en droit français à la clause par laquelle les parties tentaient d'imposer l'inaliénabillité à l'occasion de la transmission d'un bien qu'elles opéraient entre elles. C'est au moment où il entre dans le patrimoine de son nouveau propriétaire, que, d'accord avec le propriétaire ancien, l'acquéreur accepte l'interdiction d'aliéner et tente de mettre hors du commerce pour un temps déterminé le bien qu'il reçoit.

Ne pourrait-on concevoir l'hypothèse d'un propriétaire qui voudrait frapper d'inaliénabilité un bien qui est déjà dans son patrimoine, soit par une convention conclue avec un tiers qui serait intéressé à cette mise hors du commerce, soit par une manifestation unilatérale de volonté ?

Notre droit autorise en un cas assez fréquent cette clause d'inaliénabilité imposée par le propriétaire à un bien déjà contenu dans son patrimoine, au moyen d'une convention conclue avec une autre personne intéressée : c'est la constitution en dot sous le régime dotal d'un bien qui appartient déjà à la femme.

Cette faculté légale, accordée à la femme, non seulement

dans le régime dotal, mais, comme nous l'avons vu au cours de notre étude, dans tous les régimes matrimoniaux est absolument exceptionnelle et il n'est jamais permis, en dehors du contrat de mariage et pour d'autres biens que ceux de la femme mariée, de stipuler une pareille inaliénabilité. Nous avons vu que la Cour d'Orléans (arrêt du 30 décembre 1893) et la Cour de Cassation (arrêt du 22 juillet 1896) avaient annulé la clause par laquelle un donateur et un donataire avaient voulusoumettre à l'inaliénabilité, non seulement les biens donnés, mais aussi ceux qui appartenaient déjà au donataire. Cette tentative paraît être restée isolée et il est certain que jamais notre législation ne permettra à un propriétaire de déclarer inaliénable à l'égard de tous un bien qui fait déja partie de son patrimoine, soit par un contrat conclu avec un tiers intéressé, soit par une déclaration unilatérale de volonté. Une telle réforme n'a jamais été demandée par personne au profit de tous les propriétaires, mais elle a été demandée, sinon en France, au moins en Italie pour ces petits propriétaires au profit desquels se forme partout une législation dérogatoire au droit commun. Cette faculté de rendre son propre bien inaliénable par déclaration unilatérale de volonté trouve place dans la conception que se fait du *homestead* l'auteur d'une proposition de loi présentée au parlement italien (1).

La même idée se retrouve dans le projet de Code civil suisse de 1901. L'asile de famille, propriété familiale, inaliénable, pourra en Suisse être constitué par déclaration unilatérale de volonté.

(1) Proposition de loi de M. Benjamin Pandolfi prise en considération et acceptée par le bureau de la Chambre italienne le 10 mars 1894. Voir l'exposé et la critiqne de cette proposition de loi par le professeur Santangelo Spoto dans la *Réforme sociale* 1er nov. 1894 p. 686.

Dans notre Parlement, plusieurs projets relatifs au petit domaine ont été deposés (1), mais ils ne permettent pas de déclarer, à proprement parler, le bien de famille insaisissable. Tout au plus, certains partisans du homestead voudraient-ils subordonner l'aliénation qu'en effectuerait le père au consentement de la femme ou du conseil de famille. Mais la plupart admettent la défense d'hypothéquer qui est, en somme, une défense partielle d'aliéner et que nous avons considérée comme telle au cours de cette étude.

L'auteur du projet italien, avons-nous dit, ému par les désordres suscités par la crise rurale de 1893 en Sicile présentait l'institution nouvelle comme le moyen qu'a recherché plus tard M. Flour de Saint-Genis (2) de fixer les petites propriétés dans les familles de la démocratie rurale. Cette inaliénabilité du très petit domaine lui paraît aussi utile pour sauvegarder la démocratie moderne que l'inaliénabilité du fief le fut jadis pour le bon ordre du régime féodal.

Nous ne pensons pas que le homestead français, s'il était adopté par le Parlement, comprit l'inaliénabilité à côté de l'insaisissabilité et de l'interdiction de l'hypothèque. Mais il y a lieu de se demander, si cette renonciation volontaire par un propriétaire à tout ou partie de son droit de disposition serait fréquente. Il semble que l'on tient davantage à la faculté d'aliéner et qu'on y renonce soi-même le moins possible. Des statistiques de l'administratiou de l'enregistrement il résulte que le régime dotal est moins fréquemment stipulé qu'autrefois dans les contrats de mariage et

(1) Proposition de M. l'abbé Lemire, du 18 juillet 1893, proposition de M. Léveillé, du 16 juin 1894.

(2) *Op. cit.*

que, dans les cas où on l'adopte, l'inaliénabilité est de plus mitigée ou restreinte (1).

Si la clause que nous avons étudiée est fréquemment insérée dans les actes de transmission, surtout dans les actes à titre gratuit au profit du gratifié, c'est qu'elle lui est imposée dans son intérêt, sans doute, mais contre son gré, par la volonté prévoyante du disposant.

(1) V. Statistique des contrats de mariage, dressée en 1898 par l'administration de l'enregistrement ; *Bulletin de statisque*, février 1899, p. 141 V. aussi rapport de M. Adam au congrés de droit comparé de 1900; *Bulletin de la société de legislation comparée*, p. 562, cités dans Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, p. 234.

Vu :
*Le Président de la Thèse.*
J. CHARMONT.

Vu : *Le Doyen,*
VIGIÉ.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Montpellier, le 30 mai 1902.

*Le Recteur :*
ANT. BENOIST

# BIBLIOGRAPHIE


Aubry et Rau. — *Cours de Droit civil français:* 4e édit., T. V. 5e édit., T. II.

Barre — *Le Code civil allemand et le Code civil français comparés entre eux*; traduction Hartmann, 1899.

Bartin. — *Des Conditions impossibles et illicites.*

Bartole. — *Opera omnia;* Lyon, 1532.

Basnage. — *Commentaire sur la Coutume de Normandie;* T. II, Rouen, 1778.

Baudry-Lacantinerie et Colin. — *Des Donations entre vifs et des Testaments;* T. Ier.

Beudant. — Note sous Besançon 26 mars 1891, D. 93, 2, 1.

Blondeau (Claude) et Guérets (Gabriel). — *Journal du Palaïs:* Paris, 1755.

Boniface (Hyacinthe De). — *Arrêts notables de la Cour de Parlement de Provence;* T. V, Lyon, 1689.

Boutaud. — Note sous Paris 9 mars 1900, D. 1901, 2,505.

Brillon. — *Dictionnaire des Arrêts ou Jurisprudence universelle des Parlements de France;* T. Ier, Paris, 1727.

Brodeau (Julien) et Louet (Georges). — *Recueil de plusieurs notables Arrêts;* Paris, 1700.

Bruns. — *Fontes juris antiqui.*

Bureau. — *Le Homestead ou l'insaisissabilité de la petite propriété foncière,* Paris, 1894.

Charpentier (Léon). — *Analyse du cours de Législation algérienne;* Alger, 1885.

Choppin. — *Commentaires sur la Coutume d'Anjou.*

Cormis (De). — *Recueil de Consultations ;* T. II.

Cujas. — *Opera priora et posthuma :* Paris, 1658.

Cuq. — *Institutions juridiques des Romains.*

Dalloz. — *Code civil annoté:* 1901.

— *Répertoire alphabétique et Supplément v^is Donations, Dispositions entre vifs, Substitutions.*

Dareste et Rivière. — *Traduction du Code général des biens pour la principauté de Monténégro ;* 1888.

Demante. — *Revue critique ;* année 1898.

Demolombe. — *Cours de Code Napoléon,* T. XVIII, *Donations entre vifs et Testaments ;* T. I^er.

Denisart. — *Collection de jurisprudence :* T. III, 1768.

Doneau. — *Opera omnia ;* T. II.

Dumoulin. — *Opera omnia ;* T. II, Paris, 1681.

Duponchel. — *Revue coloniale;* N° de juillet 1900.

Esmein. — *Cours élémentaire de l'histoire du Droit français :* 3^e édition, 1898.

Eyssautier. — *Revue algérienne;* année 1900,

Faber (Antonius). — *Codex fabrianus ;* Genève 1659.

Ferrières (De). — *Dictionnaire de Droit et de Pratique ;* Paris, 1758.

Flour de Saint-Genis. — *La Propriété rurale en France ;* Paris, Colin, 1902.

Furgole. — *Traité des Testaments, Codicilles, Donations à cause de mort et autres dispositions de dernière volonté :* T. II, Paris, 1748.

Girard. — *Manuel élémentaire de Droit romain :* éd. de 1897 et de 1901.

Grasserie (De la). — *Codes suédois et Lois postérieures.*

Grenier (baron). — *Traité des Donations ;* T. I, 1826.

Huber. — *Code civil suisse (avant-projet du Département fédéral de Justice et de Police)* Berne, 1900. *Exposé des motifs de l'avant-projet.* T. I^er, T. II, Berne, 1901.

Huc. — *Commentaire théorique et pratique du Code civil ;* T. III et IV.

Ihéring (De). — *Esprit du Droit romain ;* T. II.

Jobbé-Duval. — *Annuaire de Législation étrangère ;* année 1896.

Labbé. — *Revue critique*, 1887.

Laboulaye. — *Histoire du Droit de propriété foncière en Occident.*

Laurent. — *Principes de Droit civil :* T. XI et XIV.

Lehr. — *Eléments de Droit civil anglais.*

— *Eléments de Droit civil russe.*

— *Traité élémentaire de Droit civil germanique.*

— *Projet de Code civil allemand.*

Lepelletier. — *Traduction du Code civil portugais.*

Levé. — *Traduction du Code civil espagnol.*

Marcadé. — *Explication théorique et pratique du Code Napoléon.*

Martin Saint-Léon (E.). — *Des Substitutions fidéicommissaires.* (thèse).

Mathieu. — *Traité des Substitutions fidéicommissaires avec notes sur l'Ordonnance de 1747.* par Thévenot d'Essaule de Savigny ; contenant aussi en note les articles du Code civil du Bas-Canada et un résumé des décisions des Tribunaux de la province sur ce sujet ; Montréal, 1888.

May. — *Éléments de Droit romain :* 1890.

Maynard. — *Questions notables.*

Maynz. — *Cours de Droit romain ;* T. III.

Menerville (De). — *Dictionnaire de la Législation algérienne, Code annoté et Manuel raisonné des lois, ordonnances, décrets, décisions et arrêtés ;* T. Ier.

Mercier. — *Revue algérienne ;* année 1895.

Merlin. — *Répertoire de Jurisprudence.* (Vo Substitution fidéicommissaire.)

Meulenaere (De). — *Code civil allemand et Loi d'introduction :* Paris, 1897.

Mommsen. — *Droit public ;* T. III.

Pape (Guy). — *Decisiones ;* Lyon, 1607.

Papon (Jean) — *Recueil d'Arrêts notables des Cours souveraines de France ;* Genève, 1648.

Planiol. — *Traité élémentaire de Droit civil :* T. III.

— *Observation dans la Revue critique ;* année 1883.

— *Note* sous Cass. 22 juillet 1896, D. 98, 1, 17.

Pothier. — Edition de Paris, par Dupin ; 1825, T. VII. *Des Substitutions fidéicommissaires.*

PRUDHOMME. — *Code civil italien,* traduit et annoté ; Paris, 1896.

RICARD. — *Traité des Donations;* T. II.

SAIGNAT. — *De la Clause portant défense d'aliéner :* thèse Bordeaux, 1896.

SAMIEN. — *Revue algérienne ;* année 1895.

SANTANGELO SPOTO. — *Réforme sociale ;* 1er novembre 1894.

TARDIF. — *Coutumiers de Normandie ;* T. II.

TOULLIER. — *Droit civil français ;* T. VI.

TROPLONG. — *Le Droit civil expliqué ;* T. IV du contrat de mariage.

VACHER. — *Le Homestead aux Etats-Unis ;* Paris, 1895.

VALETTE. — *Mélanges de droit, de jurisprudence et de législation* t. Ier.

VIGIÉ. — *Cours élémentaire de Droit civil français.*

VIOLLET. — *Précis de l'histoire du Droit privé ;* 1re édition.

ZACHARIÆ. — *Le Droit civil français ;* traduction Massé et Vergé, T. III.

# TABLE DES MATIÈRES

## INTRODUCTION


Pages

Persistance de l'emploi de la clause portant défense d'aliéner. 7
Faveur de cette clause dans l'ancien Droit..... 9
Son utilité probable dans l'avenir..... 9
Des cas d'inaliénabilité imposés ou proposés par les lois actuelles en France..... 10
Situation juridique de la clause prohibitive d'aliéner dans le Droit français actuel..... 13
Division..... 15


## PREMIÈRE PARTIE

### La défense d'aliéner dans le Droit Romain et dans la législation comparée


CHAPITRE PREMIER. — *Droit romain*..... 19
Section Ire. — Droit de la République..... 20
Section II. — Droit de l'époque classique..... 26
§ 1er. — Actes à cause de mort..... 29
§ 2. — Actes entre vifs..... 38
Section III. — Droit de Justinien..... 40
CHAPITRE II. — *Ancien Droit français*..... 43

Section Ire. — Droit barbare ..... 44
Section II. — Droit féodal ..... 46
Section III. — Droit postérieur à la féodalité. — Conflit de législations. — Unification des effets de la défense d'aliéner testamentaire et conventionnelle .. ..... 49
§ 1er. — Défense d'aliéner en faveur du gratifié ..... 53
§ 2. — Défense d'aliéner en faveur du disposant ..... 55
§ 3. — Défense d'aliéner en faveur des tiers. — Confusion de la défense d'aliéner et de la substitution. — Ordonnances sur les substitutions. — Loi des 25 août et 14 novembre 1792 ..... 58
CHAPITRE III. — *Droit comparé* ..... 63
Section Ire. — Droit mulsuman : Les habous. — Les habous en Algérie ..... 63
Section II. — Droit Slave ..... 66
I. Principauté de Monténégro ..... 66
II. Russie ..... 67
Section III. — Droit scandinave ..... 68
Section IV. — Droit anglo-saxon ..... 70
§ 1er. — Royaume-Uni ..... 70
§ 2. — Etats-Unis d'Amérique : Le homestead ..... 71
Section. V. — Droit des pays latins ..... 75
§ 1er. — Codes espagnol et portugais ..... 75
§ 2. — Italie. — Code italien. — Proposition de loi sur la petite propriété familiale ..... 76
§ 3. — Code civil du Bas-Canada. — La législation canadienne actuelle et l'ancien Droit français ..... 77
Section VI. — Droit allemand ..... 81
I. Lois particulières sur l'intégrité du domaine rural ..... 81
II. Le droit de préemption d'après le nouveau Code civil impérial ..... 83
III. La défense d'aliéner antérieurement au Code civil, d'après le Code civil impérial, l'obligation de ne pas faire ..... 84
Section VII. — Droit suisse : Avant projet de Code civil suisse. — Institutions qui permettent de conserver intactes les

exploitations agricoles. — Indivision. — Fidéicommis de famille. — Asile de famille..... 86
Conclusion sur l'étude historique et de Droit comparé..... 92

## DEUXIÈME PARTIE

### Interprètation de la défense d'aliéner dans le Droit français actuel

CHAPITRE PREMIER. — *Du caractère licite ou illicite de la défense d'aliéner*..... 95
Section 1re. — D'après le Code civil, les lois postérieures et les principes généraux..... 95
Section II. — D'après la jurisprudence..... 98
§ 1er. — Evolution de la jurisprudence..... 98
§ 2. — Caractères essentiels de la jurisprudence..... 102
CHAPITRE II. — *Conditions de validité de la défense d'aliéner :* Système de la doctrine et de la jurisprudence. — Dissidence de M. Laurent..... 107
Section Ire. — La prohibition ne doit pas être absolue, quant à la durée ou quant aux personnes auxquelles il est interdit de transmettre..... 111
Section II. — La prohibition doit être destinée à sauvegarder un intérêt légitime..... 121
§ 1er. — Intérêt du disposant : Les biens dont on interdit l'aliénation doivent être les biens transmis sous cette clause. — L'intérêt du disposant peut être l'espérance du retour légal du bien donné, le retour conventionnel, un droit d'usufruit, d'usage ou d'habitation..... 122
§ 2. — Intérêt d'un tiers. — Intérêt de droit, octroi d'une garantie supplémentaire.— Intérêt de fait. — Le tiers doit être ayant cause du disposant..... 125
§ 3. — Intérêt du gratifié : Répugnance de la jurisprudence à le prendre en considération. — Legs à titre alimentaire.

— Droits viagers. — Dispositions en faveur d'une personne morale..... 129
CHAPITRE III. — *Actes prohibés par la défense d'aliéner.*
En l'absence de limitation faite par le disposant, question de fait : Institution contractuelle. — Disposition par testament. — Cession d'un droit réel..... 137
CHAPITRE IV. — *Effets de la défense d'aliéner*..... 147
Section Ire. — Nullité de l'acte fait en violation de la défense d'aliéner..... 147
Section II. — Qui peut invoquer la nullité ?..... 151
I. Prohibition dans l'intérêt du disposant ou d'un tiers. 152
II. Prohibition dans l'intérêt du gratifié..... 154
CHAPITRE V. — *Actes dans lesquels peut être insérée la défense d'aliéner*..... 159
Section Ire. — Actes à titre onéreux. — Ententes commerciales 160
Section II. — Contrats de mariage..... 166
I. Prohibitions d'aliéner impliquant adoption partielle du régime dotal..... 166
II. Prohibitions étrangères au régime dotal..... 172

## TROSIÈME PARTIE

**Essai d'une théorie rationnelle de la défense d'aliéner**

Observations générales..... 183
CHAPITRE PREMIER. — *Double analyse de la défense d'aliéner* 186
Section Ire. — Premier système : Réserve d'un démembrement de la propriété au profit du disposant..... 190
Section II. — Deuxième système : Incapacité du gratifié..... 194
Section III. — Troisième système : Mise hors du commerce... 199
Section IV. — Quatrième système : Obligation de ne pas faire..... 202
CHAPITRE II. — *Conditions et effets de la défense d'aliéner considérée comme une obligation de ne pas faire*..... 205

Section Ire. — Dans quels cas la défense d'aliéner peut-elle faire naître une obligation de ne pas faire ?..... 205
Section II. — Effet purement personnel de la défense d'aliéner 207
Section III. — Quelles actions peuvent sanctionner l'obligation de ne pas aliéner ? — Actions en dommages-intérêts. — Action en résolution. — Action paulienne..... 210
Section IV. — La défense d'aliéner dans les contrats à titre onéreux..... 215

## CONCLUSION

Insuffisance du Droit français actuel pour sanctionner la défense d'aliéner..... 217
Progrès de l'idée de stabilité des familles sur les exploitations agricoles..... 218
Protection des petits patrimoines..... 221
Dispositions légales qui permettraient de donner efficacitéà la clause prohibitive d'aliéner..... 223
De la défense d'aliéner par déclaration unilatérale de volonté.. 233
Bibliographie..... 237

MONTPELLIER
IMPRIMERIE DE LA MANUFACTURE DE LA CHARITÉ